

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIII, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2020



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIII, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2020

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2020

<https://cpage.mpr.gob.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y
la suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 090-20-072-9 (edición en papel)
090-20-071-3 (edición en línea, pdf)
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0 (edición en papel)
051-15-003-6 (edición en línea, pdf)
ISSN: 0210-301X (edición en papel)
2659-8965 (edición en línea, pdf)
Depósito Legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Nieves FENOY PICÓN: «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos frances y belga»	1331
Xabier BASOZABAL ARRUE: «Incumplir por negociar con la cosa debida: el <i>commodum ex negotiatione</i> en el artículo 1186 CC»	1501
José María BOTELLO HERMOSA: «La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución»	1543
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO y Julia AMMERMANN YEBRA	1657
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
KÄMPER, Lukas: «Forderungsbegriff und Zession», por Bruno Rodríguez-Rosado	1711
MACÍA MORILLO, Andrea: «Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos», por M.ª Carmen Crespo Mora	1714
VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial», por M.ª Victoria Mayor del Hoyo	1720
ZULOAGA, Isabel: «Reliance in the Breaking-off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective», por Esther Arroyo Amayuelas	1724
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUTIÁN	1727
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS (Año 2019)	
Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS (Dir.); Colaboran: Ramón CASAS VALLÉS, Carla MARTÍNEZ CASTRO, Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS	1749
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Xabier BASOZABAL ARRUE: «Indemnización por incapacidad laboral permanente y jurisprudencia sobre calificación –ganancial o privativa– de los incrementos dinerarios distintos del salario»	1807

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO

1823

El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga¹

NIEVES FENOY PICÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En el Derecho francés, la regulación del dolo vicio del consentimiento se reformó por la Ordonnance n.º 2016-131, que ratificó la Loi n.º 2018-287. En el Derecho belga se ha iniciado un importante proceso de reforma de su Código civil y la regulación del dolo vicio del consentimiento que se propone se encuentra en la Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil de 2019. Ambos sistemas jurídicos francés y belga, por conocidas razones, nos son cercanos (compartimos una cultura jurídica). En el presente trabajo se estudia la regulación del dolo (normativa, doctrina, jurisprudencia), analizando sus problemas y soluciones en el Derecho francés anterior y posterior a la antes referida reforma, y en el vigente Derecho belga y en la también antes referida Proposition de Loi. Mediante ello se perciben las evoluciones que cada uno de esos sistemas jurídicos han seguido, y más allá, permitirá reflexionar sobre en qué medida y cómo habría de reformarse la regulación del dolo vicio del consentimiento en el Código civil español.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento. Aproximación de dos sistemas» (DER 2017-84947-P).

PALABRAS CLAVE

Dolo vicio del consentimiento. Abuso de influencia. Estado de necesidad. Violencia económica. Dolo como ilícito civil. Intención de engañar. Maniobras, mentiras y reticencia dolosa. Dolus bonus. Deber de información. Dolo principal. Dolo incidental. Dolo recíproco. Dolo de tercero. Prueba del dolo. Anulación del contrato. Indemnización de daños y perjuicios.

Pre-contract stage fraud: vitiated consent and imputation of liability in French and Belgian law

ABSTRACT

In French law, the regulation of fraud vitiated consent was reformed through Ordonnance n° 2016-131, which ratified Loi n.° 2018-287. As far as the Belgian law is concerned, the Belgian civil code is undergoing a major reform process, and the proposed regulation of fraud vitiated consent may be found in the Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil de 2019. Both the French and the Belgian legal systems are very close to us for a number of well-known reasons (we share a legal culture). This paper studies the regulation of fraud (legislation in force, accepted legal opinions, case law), analysing its problems and solutions in the light of French Law, both before and after the above-mentioned reform, the Belgian legislation currently in force and the aforementioned Proposition de Loi. This way, it is possible to notice the evolution followed by each one of those legal systems and, furthermore, the reader will be able to reflect on the extent to and the manner in which the regulation of fraud vitiated consent should be reformed in the Spanish civil code.

KEY WORDS

Fraud vitiated consent. Undue influence. State of need. Economic violence. Fraud as a civil offence. Intent to deceive. Ploys, lies and fraud by reluctance. Dolus bonus. Duty of information. Fraud in the inducement. Immaterial fraud. Reciprocal fraud. Third party fraud. Evidence of the dolus. Avoidance of the contract. Compensation for damages.

SUMARIO:

- I. Introducción y objetivos del trabajo.
- II. El dolo en el derecho francés.–1. Los sucesivos cambios legislativos y la fijación de los periodos temporales.–2. El dolo *antes* de la reforma del *Code civil* por la *Ordonnance* n.° 2016-131: la regulación originaria de 1804. 2.1. La presentación de la regulación del dolo. 2.2. El análisis del

dolo. 2.2.1. El error provocado. El dolo sin error. La doble naturaleza del dolo: ilícito civil y vicio del consentimiento. La voluntad de engañar (elemento intencional). 2.2.2. Las maniobras y las mentiras (elemento material). El *dolus bonus*. 2.2.3. La reticencia dolosa (otro elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. El error sobre el valor de la prestación. La irrelevancia de la inexcusabilidad del error. 2.2.4. El dolo principal y el incidental. La apreciación *in concreto* del dolo. Los errores sobre el valor de la cosa (de nuevo), y sobre los motivos extraños a la cosa o a la persona del contratante. 2.2.5. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. El dolo recíproco. 2.2.6. La prueba del dolo. 2.2.7. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad), la indemnización de daños y perjuicios, y la restitución del exceso del precio pagado.—3. El dolo tras las reformas del *Code civil* mediante la *Ordonnance* n.º 2016-131 y la *Loi* n.º 2018-287. 3.1. La presentación de la regulación del dolo y del deber general de información. 3.2. El análisis del dolo. 3.2.1. Un previo apunte y valoración del dolo y de la obligación de información según el *Rapport* de la *Ordonnance* n.º 2016-131. 3.2.2. El error provocado. El dolo sin error. La violencia por abuso del estado de dependencia. La doble naturaleza del dolo: delito (ilícito) civil y vicio del consentimiento. La voluntad de engañar (elemento intencional). 3.2.3. Las maniobras y las mentiras (elemento material). El *dolus bonus*. 3.2.4. La reticencia dolosa (otro elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. La jurisprudencia Baldus: ¿sigue vigente? Si es así, ¿desde cuándo? 3.2.5. El dolo principal y el incidental: ¿sigue vigente la distinción? La apreciación *in concreto* del dolo. El mayor campo operativo del dolo frente al error. La irrelevancia del error inexcusable. 3.2.6. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. 3.2.7. La prueba del dolo. 3.2.8. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad) y la indemnización de daños y perjuicios. La reducción del precio como efecto no independiente.

III. El dolo en el derecho belga.—1. El dolo en el *Code civil* belga. 1.1. La presentación de la regulación del dolo. 1.2. El análisis del dolo. 1.2.1. El error provocado. La teoría de la *lésion qualifiée*. El estado de necesidad. La voluntad de engañar (elemento intencional). 1.2.2. Las maniobras y las mentiras (elemento material). El *dolus bonus*. 1.2.3. La reticencia dolosa (elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. 1.2.4. El dolo principal y el incidental. La irrelevancia del error inexcusable. 1.2.5. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. 1.2.6. La prueba del dolo. 1.2.7. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad) y la indemnización de daños y perjuicios.—2. El dolo en la *Proposition de Loi portant insertion du Livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code Civil*. 2.1. La presentación de la regulación del dolo y del deber de información. 2.2. El análisis del dolo. 2.2.1. El error provocado. La voluntad de engañar (elemento intencional). El abuso de circunstancias. 2.2.2. La maniobra: actos y mentiras (elemento material). 2.2.3. La maniobra: la reticencia dolosa (otro elemento material). Su relación con la obligación de informar al contratante. 2.2.4. El dolo principal y el incidental. La apreciación *in concreto*. La irrelevancia del error inexcusable. 2.2.5. El dolo de parte. El dolo de tercero: la regla y su alcance. 2.2.6. La prueba del dolo. 2.2.7. Los efectos del dolo: la nulidad relativa (o anulabilidad) y la indemnización de daños y perjuicios.

IV. Conclusiones y valoración personal.
Bibliografía.—Documentación.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

[1] En un anterior trabajo de 2017, publicado en el *Anuario de Derecho civil*, analicé diversos textos jurídicos que regulaban el *error vicio y el error en la declaración en los contratos*². Esencialmente fijaba mi atención en sus requisitos de aplicación, con referencias al régimen de ineficacia contractual aplicable (anulabilidad, nulidad de pleno derecho)³. Tuve presente si la regulación del error que iba exponiendo, respondía a lo que denominé el modelo tradicional, el tradicional actualizado y el moderno. Concluía, junto con otras consideraciones, *en la conveniencia de que se reformase la normativa del error contractual del Código civil, adoptando el modelo moderno*⁴.

[2] En este trabajo continúo con la línea de investigación de los vicios del consentimiento en los contratos y trato ahora del *dolo*. De él me interesa y analizo *sus requisitos y posibles efectos jurídicos*.

En el dolo están presentes, entre otras, las siguientes cuestiones, *objeto de mi análisis*. Para facilitar la posterior exposición, las desgloso ya mismo. En concreto:

a) *El dolo y la influencia indebida (o ventaja excesiva): su relación.*—Quien lleva a cabo el dolo provoca, deliberadamente, un error en su víctima. El autor del dolo tiene el ánimo de engañar al otro (elemento intencional o subjetivo). Ahora bien, el dolo ¿puede tener un mayor campo de aplicación? Por ejemplo, ¿puede abarcar y solucionar casos de *indebida influencia (o ventaja excesiva) de un contratante sobre el otro, si esta última figura no tiene una particular regulación?*

b) *El dolo activo y el dolo pasivo (o dolo omisivo, o reticencia dolosa). El dolus bonus.*—El dolo puede materializarse de distintas formas (elemento material u objetivo). Puede materializarse a través de maniobras o/y declaraciones —mentiras, afirmaciones no completas y por ello incorrectas, afirmaciones vagas sin la necesaria precisión, etc.— o/y callando cuando se tenga que informar sobre ciertos aspectos. El Derecho ¿ha de hacer expresa mención de esas materializaciones del dolo? Además y para el dolo pasivo, si el silencio del autor del dolo debe relacionarse con un deber (obligación) de información, ¿cuál es su fuente? ¿La buena fe, los usos, o/y la ley?

² El aludido trabajo es: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC* (2017) pp. 473-785.

³ FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [2], pp. 477-478, [5] pp. 480-481.

⁴ Para el error vicio, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [293]-[296], pp. 768-771, en particular [295], pp. 769-770; para el error en la declaración, [297]-[298] pp. 771-773, en particular [298] p. 773.

En cuanto al *dolus bonus* ¿su concepto y efectos debe regularlos el Derecho?

c) *El dolo causal (o principal) y el dolo incidental.*—Si el dolo provocó en su víctima que consintiera a la celebración del contrato, ya que, sin él, no lo hubiera celebrado, se está ante el llamado *dolo causal (o principal)* que le permite anular el contrato. Frente al dolo causal, en el llamado *dolo incidental* sucede que su víctima no habría celebrado el contrato en los términos en los cuales lo celebró y puede exigir la oportuna indemnización de los daños y perjuicios sufridos. La anterior visión tradicional y dual del dolo ¿debe mantenerse o suprimirse? Ello ¿debe reflejarlo el Derecho?

d) *La conducta de la víctima del dolo (la excusabilidad e inexcusabilidad de su error).*—Junto con considerar la conducta del autor del dolo para apreciar si hubo dolo ¿ha de tenerse en cuenta si su víctima fue negligente, o no? Circunstancias personales suyas tales como su candidez, inexperiencia negocial, etc., ¿han de considerarse para emitir el oportuno juicio jurídico acerca de la existencia del dolo?

e) *El dolo de parte. El dolo de tercero. Comparación con la regla aplicable a la violencia/intimidación de tercero.*—El dolo causal, que procede del otro contratante (esto es, el dolo de parte), permite a su víctima, reuniéndose los oportunos requisitos, la anulación del contrato. Sin embargo, sucede a veces que el dolo no procede del otro contratante, sino de un tercero. ¿Qué consecuencias jurídicas ha de tener el dolo de tercero?

Diversos elementos deben valorarse a efectos de adoptar la solución. Ciertamente la víctima del dolo de tercero merece protección dado que sufrió un vicio en su voluntad —así, puede permitírsele que anule el contrato, además de poder exigir la oportuna indemnización de los daños y perjuicios—. Pero también puede considerarse adecuado que lo que procede es la protección del otro contratante si este fue totalmente ajeno al dolo de tercero —pues confió en la validez del contrato y su posible impugnación por la víctima del dolo de tercero le causará al menos el perjuicio de la pérdida de ese contrato, por lo que lo oportuno es el mantenimiento del contrato—. Añadiré a lo anterior que la protección de la seguridad del tráfico jurídico, que se traduce en el mantenimiento del contrato, es otro elemento también a tener en cuenta. ¿Qué solución es más adecuada? ¿Permitir la anulación del contrato, o no?

Apuntado lo anterior, en el dolo de tercero subyace otra cuestión: pero ¿quién realmente es tercero? Ya que, habiendo intervenido el tercero, puede entenderse que lo que hay es un *dolo de parte* (o al menos, que este último *asume* el dolo de tercero). Por ejemplo, si el tercero es *representante legal o voluntario del contratante que no sufrió el dolo*. Lo mismo, si el dolo lo realiza un *dependiente (un auxiliar) de dicho contratante*. E igualmente, si el contratante que no sufre el dolo *participa con el tercero en su desarrollo material (colabora)*. En tales casos, por haber dolo de parte, su víctima podrá anular el contrato o/y exigirle la oportuna indemnización. Y más allá de lo anterior, ¿qué sucede si el contratante que

no sufre el dolo y materialmente no participa en el dolo de tercero, *sabía del mismo y se aprovecha de él?* ¿Qué sucede, *si debía haberlo sabido?* Si se entiende que en estos dos último casos, el contratante que no sufre el dolo debe asumir el dolo de tercero (esto es, que el contrato puede anularse), *en los contratos onerosos, el dolo de tercero se reduce al del tercero totalmente ajeno, en donde la víctima del dolo no podrá anular el contrato, sin perjuicio de que pueda exigir del tercero la oportuna indemnización de daños y perjuicios.*

En otro orden de consideraciones, si bien conectado con lo anterior, si se admite para el dolo de tercero totalmente ajeno, que, siendo el contrato oneroso, su víctima *no* pueda anularlo, y para la *violencia e intimidación* de tercero totalmente ajeno al contratante que no la ejerce, se adopta la solución contraria de que *sí* puede anularse el contrato, *¿que justifica la diferente solución jurídica? ¿El Derecho romano? ¿Subyace un distinto conflicto de intereses en ambos supuestos? O ¿es mejor adoptar una solución uniforme para ambos vicios, el de la posible anulación contractual y con qué alcance? ¿Podría haber otra solución?*

Por último, para la *donación*, dada su naturaleza gratuita, el dolo de tercero totalmente ajeno al donatario ha de permitir que el donante pueda anularla. El supuesto requiere de una particular solución en el Derecho.

f) *El dolo recíproco.*—Dada la riqueza de la realidad, no es descartable que *ambos contratantes puedan haber actuado con dolo al celebrar el contrato*, produciéndose el *dolo recíproco*.

¿Cuál es la *solución oportuna?* El contrato *¿es válido, pero cualquiera de las partes puede anularlo?* O *¿es válido y ninguna de ellas puede anularlo?* Además, *el Derecho ¿debe dar una específica respuesta al dolo recíproco, o no?*

g) *La prueba del dolo.*—*Quien alegue haber sufrido dolo, ha de probarlo.* La prueba del dolo suscita algunas cuestiones. Por ejemplo, su víctima *¿puede utilizar cualquier medio de prueba?* El dolo *¿podría presumirse?* ¿Conviene admitir el llamado *dolo in re ipsa?* O *¿el dolo nunca se presume?* Y si se entiende que lo procedente es no presumirlo, el Derecho *¿debe expresamente indicarlo?*

h) *Los efectos del dolo causal (o principal).*—Este dolo permite a su víctima anular el contrato con su efecto liberatorio y en su caso, efecto restitutorio. Sin embargo, la anulación y la oportuna restitución pueden no ser suficiente para la víctima del dolo, que puede sufrir daños conectados a la celebración del contrato e imputables al autor del dolo. Dado que en el dolo causal, además de dar lugar a un vicio del consentimiento en la víctima del dolo, es un hecho ilícito por parte de su autor, la víctima puede exigirle que le indemnice los oportunos daños y perjuicios no solucionados con la anulación del contrato.

¿Cómo se organizan, *entre sí, la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios?* La víctima del dolo, *¿puede acumularlos? ¿Puede ejercitar solo uno de ellos? ¿Qué régimen de responsabilidad procede aplicar: el contractual o el extracontractual? ¿Cuál ha de ser la extensión de los daños indemniza-*

bles? Y el Derecho, ¿debe dar específicas normas para esta indemnización de daños y perjuicios? ¿Debe específicamente regular la responsabilidad precontractual en relación con los vicios del consentimiento?

i) Los efectos del dolo incidental.—Este dolo permite a su víctima exigir la oportuna indemnización de daños y perjuicios. ¿Qué régimen de responsabilidad procede aplicar: el contractual o el extracontractual? ¿Cómo ha de ser esa indemnización? Esto es, ¿tiene necesariamente que ser pecuniaria, o cabe la reparación in natura? Y si se admite esto último, ¿cuáles son sus posibles contenidos? ¿La reparación del bien? ¿La desvinculación contractual? ¿La supresión de la cláusula, o cláusulas, resultado del dolo incidental? ¿La remodelación del contenido del contrato? ¿La reducción del precio? Etc. El Derecho ¿debe regular lo anterior? ¿Ha de regular la responsabilidad precontractual?

j) El plazo para anular el contrato, su naturaleza e inicio de su cómputo. Su relación con el plazo para exigir la indemnización de daños y perjuicios. El ejercicio de la anulabilidad mediante excepción o por reconvencción.—¿Qué plazo puede considerarse razonable para que la víctima del dolo pueda anular el contrato? El plazo ¿debe ser de prescripción o de caducidad? Y ¿qué momento es el adecuado para iniciar su cómputo? ¿Desde que la víctima del dolo lo descubre, o debiera haberlo descubierto (criterio subjetivo)? O ¿desde que el otro contratante cumplió con su prestación (principal o esencial) con la víctima del dolo, o desde que el contrato se consumó (criterio objetivo)?

Si la víctima del dolo principal ejercita, de modo *acumulado*, la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, *¿es conveniente que el plazo para exigir la indemnización de daños y perjuicios sea el mismo que el de la anulación del contrato? Y en cuanto a su cómputo, ¿conviene también que se inicien en un mismo momento?*

Por último, frente a la pretensión de cumplimiento del contrato por parte del autor del dolo, su víctima *¿puede oponerle la excepción de anulación por dolo, o ha de reconvenir?*

[3] Mi estudio del dolo *se incardina en el Derecho comparado*. En concreto, analizo *los Derechos francés y belga*.

[4] Las razones de mi interés por el *Derecho francés* se debe, *por un lado*, a la reforma de su *Code civil* de 1804 (*Code civil*, o CCF) por obra de la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations (Ordonnance n.º 2016-131)*⁵. En mi análisis del Derecho francés también tengo en cuenta a la *Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 (Loi n.º 2018-287)* que ratifica la *Ordonnance*

⁵ *JORF 11 février 2016*. Sobre la génesis y las razones que impulsaron la reforma de 2016 del *Code civil*, FENOY PICÓN, ADC (2017) [11] pp. 492-495.

n.º 2016-131⁶. Junto con el dato de que *esa reforma* del Derecho francés, *considerada en sí misma es ya de gran interés*, mi atención para este Derecho se debe, *por otro lado, a la conocida influencia que el originario Code civil ejerció en el Código civil español*, lo que afecta al dolo (arts. 1269, 1270 CC). En 1955 y en su conocida obra *El dolo en el Derecho civil*, De Cossío y Corral, tras referirse a la redacción originaria de los artículos 1109 y 1116 CCF, afirma «[c]omo puede verse, es sustancialmente el mismo régimen que el del C.c. español»⁷.

[A] Al clasificar el Código civil español, Zweigert/Kötz lo incluyen en la familia legal romanista⁸. Los autores indican que el Código civil español se inspira fuertemente en el *Code civil* francés, especialmente en el ámbito del derecho de obligaciones, *en donde la mayoría de sus normas son una simple traducción del texto francés*⁹.

[B] De Castro y Bravo también apunta la habitual inclusión del Código civil español en el ámbito de la influencia del *Code civil*, pero mantiene al respecto, *una opinión crítica*. Dice:

«1. Dentro del movimiento jurídico europeo del siglo XIX tiene [el Código civil español] un valor secundario. Al tomar como base al Proyecto de [Código civil de] 1851, quedó dentro de la órbita de los Códigos seguidores del modelo francés. Los redactores del Código [civil español], dejándose ir por los caminos de la facilidad, siguen la forma articulada –a veces al pie de la letra– del Proyecto de [Código civil de] 1851, de los Códigos francés [de 1804], holandés [de 1838] e italiano [de 1865], y recogen preceptos de los [Códigos] de Argentina [de 1869], Chile [de 1855] y Portugal [de 1866]. Será esta forma afrancesada la que se imponga a la atención del espectador y la que hará que –sin atender al contenido– se le clasifique como un Código más del grupo latino, imitador del Código Napoleón. Juicio, intrínsecamente injusto, que desconoce su íntimo sentido nacional, pero merecido por la falta de valentía de sus autores, al no osar dar forma española a la primera ley del ordenamiento jurídico español»¹⁰.

⁶ *Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations; JORF n.º 0093 du 21 avril 2018.*

⁷ DE COSSÍO Y CORRAL (1955) p. 311. Sin embargo, advierto que en la regulación española del dolo hubo otras importantes influencias como la del ahora derogado Código civil de la República Argentina de 1869 (cfr. su art. 932). En cuanto a los citados artículos 1109 y 1116 CCF, los transcribo *infra* [13] [A].

⁸ ZWEIFERT/KÖTZ (1998) p. 104.

⁹ ZWEIFERT/KÖTZ (1998) p. 107.

¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO (1949; rep. fac. 1984) p. 206.

[5] Por lo que respecta al *Derecho belga*, su regulación del dolo es, *hasta ahora*, la *originaria* del *Code civil* francés de 1804¹¹. Se trata de un Derecho al que en el ámbito doctrinal español apenas se le ha dado relevancia¹² y *mi interés por él reside, por un lado*, en que su análisis me permite constatar *si, ante unos mismos datos normativos, su puesta en práctica (su evolución) ha diferido o no de la puesta en práctica (evolución) del Derecho francés (de su Code civil) antes de su reforma por la Ordonnance n.º 2016-131*¹³. Y *por otro lado*, porque en el momento en el que escribo este trabajo, Bélgica está inmersa en un importante proceso de reforma de

¹¹ A propósito del *Code civil* belga, ZWEIGERT/KÖTZ ofrecen los siguientes datos. En concreto, que el territorio, que ahora se conoce como Bélgica, lo gobernó Austria desde 1713 hasta su cesión a Francia por la Paz de *Compo Formio* de 1797 y, por esa incorporación a Francia, el *Code civil* francés entró automáticamente en vigor en 1804, permaneciendo, a pesar de la caída de Napoleón y la unificación de Holanda y Bélgica por el Congreso de Viena bajo Guillermo I de *Orange*. Cuando, por la revolución de 1830, Bélgica se independizó, su nueva constitución contenía la previsión de que los códigos franceses –el civil, y el de comercio de 1807– fueran esencialmente revisados *en el más corto plazo posible*. Sin embargo, dicha revisión no se cumplió para el *Code civil*, y el legislador belga ha venido aprobando un gran número de leyes especiales para modernizar su código civil. El legislador belga, *con frecuencia*, sigue la estela del legislador francés, *pero*, también, *con frecuencia*, sigue su propio camino, anticipándose, en alguna ocasión, a las reformas francesas. *Aunque los tribunales belgas aplican los mismos textos legales que los tribunales franceses, a veces alcanzan resultados distintos*. Ahora bien, indican ZWEIGERT/KÖTZ en 1998, *en general el pensamiento legal y la decisión judicial, en Bélgica, son muy cercanas a las existentes en Francia*. [(1998) p. 101].

Por su parte, WÉRY recuerda que en Bélgica ha habido tentativas de lograr un Código civil distinto al Código civil francés. WÉRY apunta algunas de las informaciones que acabo de exponer a través de ZWEIGERT/KÖTZ. Según WÉRY, bajo el reinado de Guillermo de *Orange*, una ley de 1829 previó la derogación del Código civil francés, y un *Arrêté* real de 05.07.1830 precisó que un nuevo código civil entraría en vigor el 01.02.1831 para lo que, en dicho momento, eran los Países-Bajos unidos. Pero, la revolución belga abortó dicho proyecto, y la Constitución belga de 07.02.1831 dispuso en su artículo 39.11º que era «necesario dotarse, por leyes separadas y en el más corto plazo posible [...] de la revisión de los códigos», manteniéndose, provisionalmente, los códigos franceses. Sin embargo, ese carácter provisional se ha mantenido siempre. El *Avant-Projet* de Código civil de 1885 del profesor François Laurent fue relegado al olvido por un cambio de gobierno y la Comisión, creada en 1884 por el nuevo gobierno, no llevó a buen término sus trabajos, siendo disuelta en 1924. [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 205].

¹² Ni en general se le da especial relevancia en el ámbito del Derecho privado europeo occidental *comparado*. Lo mismo puede apuntarse para el Derecho español (sobre su carácter secundario, De Castro y Bravo, *supra* [4] [B]). Los estudios *actuales* de Derecho comparado privado *suelen* centrarse en los *nucleares sistemas de los Derechos francés, alemán e inglés* y, con la promulgación del segundo código civil de los Países Bajos, también suele darse relevancia al *Derecho privado de los Países Bajos*; así, por ejemplo, en las obras de SMITS (2017) y de BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019).

¹³ WÉRY señala que el atractivo del Derecho francés, para el Derecho belga, es algo bien conocido e indica, al respecto, el siguiente ejemplo doctrinal, entre otros muchos. En el prólogo a la primera edición de su *Traité élémentaire de droit civil belge* (1933), Henri De Page confesaba, sin rodeos, su admiración por la doctrina francesa: «puede, quizás, sorprender que en un tratado de Derecho civil belga se cite profusamente autores franceses contemporáneos [...]. Haciendo abstracción [...] obras tan admirables de ciencia y claridad como las de Planiol, Colin y Capitant o de Josserand, son, en la Bélgica contemporánea, de una absoluta imposibilidad y todos así lo piensan» [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 211]. También ZWEIGERT/KÖTZ, en la misma línea de la gran influencia del Derecho francés en el belga, *supra*, nota 11.

su *Code civil*. Para el dolo, objeto de mi trabajo, analizo su regulación en la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil de 2019*¹⁴.

[A] Para el Derecho de obligaciones y contratos belga, a nivel doctrinal se ha defendido la necesidad de su reforma. Por ejemplo, lo hacen Wéry, y Peeraer/Samoy, de los que paso a dar cuenta.

a) *El 24.11.2004*, en una lección inaugural sobre el Derecho de obligaciones y contratos¹⁵, Wéry señalaba lo necesario de hacer justicia al legislador de 1804, ya que su obra, el *Code civil*, había sido uno de los mayores episodios de la codificación, una magnífica realización¹⁶. Sin embargo, la fachada del edificio del *Code civil* es un espejismo, dado que sus piezas interiores y mobiliario han sido profundamente renovados por la doctrina y la jurisprudencia¹⁷. Ahora bien, por lo que se refiere al Derecho de obligaciones, Wéry apunta que Bélgica es uno de los pocos países que no se ha dotado de un nuevo cuerpo de reglas sobre la materia y recuerda, al respecto, al nuevo Código civil de los Países Bajos de 1992, que vino a sustituir al antiguo de 1838, así como la reforma que Alemania llevó a cabo en 2002 de su Código civil¹⁸. Wéry también se refiere a la situación que en aquel momento, esto es, en 2014, tenía Francia¹⁹ y trata del Derecho europeo (menciona diversas directivas de la Unión europea y alude al CESL)²⁰. Tras todo lo anterior, Wéry se sitúa en el Derecho belga y considera que, antes o después, será necesario modernizar al Derecho de obligaciones, proponiendo lo siguiente²¹.

En su opinión, la doctrina, iluminada por los prácticos, ha de preparar el terreno al legislador²². Plantea: ¿por qué los profesores de Derecho de obligaciones de Bélgica no se ponen de acuerdo para elaborar una especie de *Principios de Derecho belga de las obligaciones contractuales*, a modo de caja de herramientas en la que el legislador belga pueda inspirarse?²³ Según Wéry, no se trata

¹⁴ Para ello manejo el siguiente documento: DOC 55 0174/001 de la *Chambre des représentants de Belgique, session extraordinaire 2019, 16 juillet 2019, Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil (déposée par M. Servais Verherstraeten); Chambre, 1^{re} sesión de la 55^e Législature*.

¹⁵ La *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* informa que la Facultad de Derecho, Ciencia política y Criminología ha acogido la Cátedra Francqui en el título belga 2014-2015, atribuida al profesor Patrick Wéry, profesor *ordinaire* de la Facultad de Derecho y de criminología de la *Université catholique de Louvain*. En dicho marco, el profesor Wéry impartió seis lecciones de Derecho de obligaciones y contratos, publicándose en el número 2 del año 2015, de dicha revista, la lección inaugural a la que me refiero en el cuerpo del texto. [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 203].

¹⁶ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 223.

¹⁷ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 223.

¹⁸ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 224.

¹⁹ WÉRY menciona, entre otras cosas, al *Avant-projet de réforme du droit des obligations* de 23.10.2013 de la *Chancellerie* [*Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 224; *vid. hasta p. 225*].

²⁰ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), pp. 226-227.

²¹ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 228.

²² WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 228.

²³ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 228.

de llevar a cabo una revolución de fondo completa de la materia, sino de restituir al Código civil su función de Derecho común de las obligaciones²⁴. Para ello, es necesario, ante todo, revisar la estructura del Código civil, separando las fuentes de las obligaciones y su régimen general²⁵. En cuanto a la metodología, Wéry apunta que algunos textos del Código civil pueden dejarse como están²⁶; artículos arcaicos pueden derogarse²⁷; el acervo jurisprudencial sobre el que reine el consenso doctrinal ha de integrarse en los mentados *Principios*²⁸; soluciones nuevas, que la doctrina anhela, pueden consagrarse inspirándose en recientes códigos o en trabajos de armonización a nivel internacional²⁹; también habrá cuestiones más polémicas, más apasionantes³⁰. Para todo ello, Wéry apela a sus colegas, invitándoles a reflexionar sobre lo factible de su propuesta de crear unos *Principios de Derecho belga de las obligaciones contractuales*, y haciéndolo, afirma que los profesores que enseñan e investigan la bella materia del Derecho de las obligaciones, contribuirán a la tercera misión que les asigna su estatuto, la del servicio a la sociedad³¹.

Como postdata a la presente lección inaugural de Wéry, se informa que el Ministro de Justicia Koen Geens ha decidido empezar un proceso de modernización del Código civil, versando la reforma, en particular, sobre el Derecho de las obligaciones³². Los profesores Eric Dirix y Patrick Wéry se encargan de coordinar los trabajos³³.

b) En 2016, Peeraer/Samoy apuntan que, completado el proceso de revisión francés –se refieren al realizado por la *Ordonnance n.º 2016-131*– Bélgica sería uno de los últimos países que dispondría de un código del siglo XIX, planteando la cuestión de si Bélgica también necesita la revisión de su Código civil, o si son aconsejables otras alternativas³⁴.

Para Peeraer/Samoy, varios son los *desafíos* a los que el Código civil belga se enfrenta. *Uno*, que dicho código contiene diversas

²⁴ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229.

²⁵ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229.

²⁶ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; por ejemplo, el artículo 1134.I CCB, que, indica WÉRY, enuncia el principio de la fuerza obligatoria del contrato de modo elegante.

²⁷ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; por ejemplo, los artículos sobre la cesión de bienes o la novación por cambio de acreedor.

²⁸ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; el autor piensa en los criterios del abuso de derecho, en la primacía de la ejecución *in natura*, o en la necesidad de consagrar al lado de la *lésion simple*, la *lésion qualifiée* (*infra* [73] [A] trato de la *lésion qualifiée*; para el abuso de circunstancias, en *infra* [89] y en caja más pequeña).

²⁹ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; el autor piensa en la protección del acreedor a plazo frente al incumplimiento anticipado, en el derecho de reducción del precio si el otro contratante cumple de modo parcial o defectuosamente.

³⁰ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 229; así, ¿qué lugar ha de reservarse, en 2014, a la razonabilidad y a la equidad, en esos *Principios de Derecho belga de las obligaciones contractuales*? ¿Puede suprimirse la causa de las condiciones de validez de los contratos?

³¹ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), pp. 229-230.

³² WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 230.

³³ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 230.

³⁴ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 603.

previsiones *obsoletas* y cada vez tiene más *lagunas* (por ejemplo, el Código civil belga guarda silencio sobre algunas fuentes de las obligaciones y le falta una teoría general sobre la nulidad y los remedios)³⁵. Otro desafío consiste en que, frente al atributo del Código civil de que este abarque una extensa parte del Derecho privado, regulándose en un único documento, en la actualidad existe el problema de la *fragmentación* del Derecho privado, lo que se debe, entre otras causas, a que las fuentes del Derecho privado se han multiplicado, y al legislador y juez nacionales se le han sumado legisladores supranacionales –por ejemplo, con la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980– y organizaciones internacionales, cuerpos de autorregulación y el Derecho de la Unión europea³⁶. Además, en la progresiva fragmentación del Derecho privado belga, incide la transición a un Estado federal, creándose otras legislaciones, a veces con competencias solapadas, con el riesgo de la inconsistencia normativa (así, entre la normativa federal y las regionales)³⁷. La fragmentación del Derecho privado belga también se debe a la *descodificación*, dado que materias insertas en el Código civil belga, al revisarse, se han extraído de él (por ejemplo, se han promulgado el *Code of Company Law* de 1999, el *Code of Private International Law* de 2004, el *Code of Economic Law* de 2013, etc.)³⁸. Finalmente, señalan los autores, hay una dispersión normativa que se debe a la transposición de las Directivas europeas al Derecho belga (las Directivas que versan sobre consumo se han transpuesto en diferentes textos legales; por ejemplo, en el *Code civil*, en el *Code of Economic Law*)³⁹. Peeraer/Samoy afirman que, formal y sustancialmente, el caos reina en el Derecho privado belga y de hecho, la actual fragmentación de las fuentes del Derecho privado belga se parece a la ausencia de coherencia que caracterizaba al Derecho privado del *ancien régime*, antes de la promulgación del Código civil belga⁴⁰.

Peeraer/Samoy consideran que, *en el siglo XXI*, el futuro del Derecho privado belga no puede descansar solo en una nueva y exhaustiva codificación del Derecho privado, y se requiere un acercamiento que refleje la estratificación y fragmentación actual del Derecho privado⁴¹. Entienden que un elemento clave, para tal acercamiento, es modernizar el Código civil belga, *si bien* este solo ha de contener los conceptos fundamentales, principios y reglas generales, siendo *completado* mediante el método de atender a los

³⁵ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 604.

³⁶ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 604; un único legislador nacional no parece poseer ya el poder de crear un sistema coherente de Derecho privado; dada la multiplicación normativa de actores, de legisladores, no se puede integrar el Derecho privado en un único y comprensivo código (pp. 604-605).

³⁷ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 605.

³⁸ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 605; que haya códigos separados conlleva el desarrollo de múltiples sistemas de Derecho privado, minando la propia coherencia del Derecho privado (p. 606).

³⁹ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 606; en los artículos 1649 *bis-octies* del Código civil belga se ha transpuesto la Directiva 1999/44/CE, y en el *Code of Economic Law* la Directiva 93/13/CEE y la 2011/83/UE.

⁴⁰ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 607.

⁴¹ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 617.

hechos de los casos y argumentos dados, y a la promulgación de la nueva legislación⁴². Apuntan, que la construcción de un diseño adecuado a la naturaleza estratificada del Derecho privado es tarea que solo puede tener éxito con las mentes más brillantes⁴³.

[B] En la *Introduction general* de la que antes he citado *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* de 2019, se informa brevemente de las razones y del itinerario de la reforma legislativa que se pretende, como sigue.

Tras varios años en los que cada vez han sido más numerosas las voces de doctrina y práctica, en favor de la modernización del Código civil en la parte relativa al Derecho de las obligaciones, el legislador belga se ha visto invitado a seguir el ejemplo de Derechos extranjeros, como el del *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, el del BGB, y el del reciente *Code civil* francés⁴⁴.

Varias razones militan en favor de dicha reforma⁴⁵. *Una*, que el *Code civil*, obra extraordinaria, acusa el paso del tiempo⁴⁶. *Otra*, que su estructura se presta la crítica y así, su Libro III, titulado *Des*

⁴² PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 617. Entienden que la revisión del código civil belga es necesaria para restaurar su posición central dentro del Derecho privado y, que la futura revisión del código civil belga no debe intentar integrar toda ley especial de Derecho privado en un único documento, pues, tal extensión no solo es imposible en el presente contexto del Derecho privado, sino que, además, puede frustrar una importante función del código, la de ser relativamente conciso. Para lograr la útil visión general de los múltiples aspectos del Derecho privado, la revisión del código civil belga ha de limitarse a los conceptos, principios y reglas generales, y las reglas más específicas, como las de la protección de los intereses de los consumidores, de los trabajadores, de los arrendatarios, de la competencia, etc., han de dejarse fuera del código civil belga, pudiendo formar parte de códigos separados que contengan la regulación específica para esas menores situaciones generales. PEERAER/SAMOY reconocen que transformar el código civil en una recopilación de conceptos estructurados, principios y reglas generales no es camino revolucionario, pero, entienden que el objetivo no es la promulgación de un completo nuevo Derecho privado, sino la de reestructurar el existente disperso cuerpo de leyes y jurisprudencia, de modo que las previsiones a aplicar puedan fácilmente encontrarse e interpretarse. Los códigos más detallados, distintos del código civil belga, no tienen por fin crear una general, clara y duradera estructura legal para las específicas regulaciones, sino solo el de regular específicas materias en la medida que se requiera la derogación de las reglas generales que se contengan en el código civil belga. Junto a lo anterior, PEERAER/SAMOY también señalan que la *jurisprudencia* y los *académicos* jugarán una decisiva influencia en el desarrollo del Derecho civil belga (rellenarán las palabras de la legislación; surgirán cuestiones imprevistas que requerirán de la intervención creativa de los jueces y académicos; entre otras cosas, los autores se muestran críticos con el estilo lacónico de la *Corte de cassation* belga, y destacan la importancia de conocer los hechos del caso y los argumentos manejados para su solución; apuntan la necesidad de que las sentencias sean transparentes). (pp. 612-613, 614-616).

⁴³ PEERAER/SAMOY, *ERPL* (2016), p. 607; y consideran que con su extenso y formidable conocimiento del Derecho privado europeo nacional y de la influencia del Derecho europeo en el Derecho privado nacional y su incansante atención a los elementos fácticos de cada caso, Arthur Hartkamp es un nombre que viene inmediatamente a la mente.

⁴⁴ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 4-5.

⁴⁵ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5.

⁴⁶ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5; el texto continúa: «Buen número de disposiciones llevan la impronta de una época pasada. A título de ejemplo, la cesión de bienes, que permitía al deudor escaparse de la prisión por deudas [*contrainte par corps*], se menciona siempre en el Código civil (arts. 1265 a 1270), mientras que esta última ha sido derogada por la Ley 31 de enero de 1980 instituyendo la pena judicial [*astreinte*].».

différentes manières dont on acquiert la propriété, se presenta como un libro cajón de sastre, en el que se tratan cuestiones tan diversas como el Derecho sucesorio, las liberalidades, las obligaciones convencionales, los cuasi-contratos, la responsabilidad *quasi* delictual, los contratos especiales y la prescripción⁴⁷. Además, las lagunas del *Code civil* han devenido cada vez más enormes⁴⁸. Por ejemplo, el legislador consagra diversas disposiciones a la validez del contrato (arts. 1108 ss.) y no trata, en cambio, del proceso dinámico de la celebración del contrato: nada se indica para cuestiones tan importantes como la oferta, la aceptación, los deberes de información, o la celebración del contrato entre ausentes⁴⁹. Ahora bien, la *jurisprudencia* ha podido asegurar una cierta modernización del Derecho de obligaciones⁵⁰ y su influencia ha sido tan considerable que ha hecho que el Derecho belga de las obligaciones se relacione cada vez más con el sistema del *Common law*⁵¹. Por otro lado, la abundancia exponencial de las legislaciones especiales y el creciente lugar del Derecho europeo en la materia civil restringen el campo de aplicación del *Code civil* y por tanto, del *derecho común*⁵².

Por todas las anteriores razones, no se puede pretender más que el Derecho positivo, tal y como actualmente se aplica en la práctica, se encuentre en el *Code civil*⁵³. El desafío de un código es, pues, existencial⁵⁴. Y por esas mismas razones, el Ministro de Justicia decidió, conforme al *Accord de gouvernement* de 10.10.2014, crear varias Comisiones encargadas de reformar el Derecho civil, comenzando sus trabajos en 2015, a petición del Ministro y bajo la forma de Grupos de expertos⁵⁵. Una de esas Comisiones es la *Comisión de reforma del Derecho de obligaciones*, formada por los profesores Patrick Wéry y Sophie Stijns como copresidentes, los profesores Eric Dirix, Rafaël Jafferalli, Benoît Khol e Ilse Samoy como expertos, por Françoise Auvray, Sanne

⁴⁷ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5.

⁴⁸ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5.

⁴⁹ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5; el texto continúa: «En cuanto al régimen de la inexecución de las obligaciones contractuales, se ofrece el espectáculo de un mosaico de textos sin coherencia de conjunto: el acreedor, que desee conocer sus derechos frente a un deudor negligente o recalcitrante, experimentará dificultades para encontrar, en el código, los textos relativos a la ejecución *in natura* (arts. 1142 a 1144, art. 1184.II), a la responsabilidad contractual (esencialmente los arts. 1137, 1146 y ss.), a la excepción de inexecución (art. 1612) o incluso a la resolución del contrato (art. 1184)».

⁵⁰ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 5; el texto continúa: «Basta pensar en sentencias de la *Cour de cassation* relativas a la excepción de inexecución, a la decisión del acreedor de considerar el contrato sinalagmático como resuelto, a la lesión cualificada, o a la nulidad parcial de una cláusula»; de la lesión cualificada trato *infra* [73] [A], y en [89] en caja más pequeña, del abuso de circunstancias.

⁵¹ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 5-6; se añade que los justiciables padecen el acceso al Derecho de obligaciones.

⁵² *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

⁵³ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

⁵⁴ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6; el texto continúa: «Como señala G. Cornu, en el libro del bicentenario, “Ser, o ser desmembrado, es decir, no ser más; he aquí la cuestión”. Sería lamentable que el proceso de descodificación, que está abierto, reduzca el Código civil a un cuero viejo: el Código civil no puede sufrir la suerte del viejo Código de comercio, que no subsiste, más que en algunas retazos».

⁵⁵ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

Jansen, y M. Sander Van Loock como colaboradores, y por M. Jean-Christophe Boulet como representante de *SPF Justice*⁵⁶. En algo más de dos años, la *Comisión de reforma del Derecho de obligaciones* terminó sus trabajos⁵⁷. La rapidez con que la *Comisión* ha logrado su basta obra se debe, naturalmente, a muchas de las considerables aportaciones de la doctrina, así como a las nuevas pistas trazadas por la jurisprudencia, cuyo trabajo de interpretación ya había permitido modernizar el *Code civil*⁵⁸. La *Comisión* también ha podido inspirarse en las enseñanzas del Derecho comparado y así, los Derechos francés, neerlandés y alemán, por no citar más que esos, han permitido enriquecer sus reflexiones⁵⁹. Los proyectos europeos de armonización del Derecho privado frecuentemente han confirmado que las opciones efectuadas son adecuadas⁶⁰. Finalmente, la presente *Proposition de Loi* tiene en cuenta, en diversos aspectos, las observaciones formuladas en el curso de la consulta pública que el Ministro de Justicia decidió llevar a cabo⁶¹.

La estructura general del Livre 5 de la *Proposition de Loi* es: *Titre 1^{er}. Dispositions introductives*, *Titre 2 Les sources d'obligations –Sous-titre 1. Les actes juridiques* (para un desglose parcial de este Subtítulo, *infra* notas 540 y 542); *Sous-titre 2. Les faits juridiques– y Titre 3. Le régime général de l'obligation –Sous-titre 1^{er}. Disposition introductive; Sous-titre 2. Les modalités de l'obligation; Sous-titre 3. Les obligations avec pluralité des objets et sujets; Sous-titre 4. La transmission des obligations; Sous-titre 5. L'exécution de l'obligation; Sous-titre 6. L'inexécution de l'obligation; Sous-titre 7. Les mesures de sauvegarde des droits du créancier; Sous-titre 8. Les causes d'extinction de l'obligation*–⁶².

Finalmente, sobre los objetivos de la *Proposition de Loi*, la misma «[...] viene a modernizar el Derecho de obligaciones»,

⁵⁶ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6, y artículo 1 de la *Arrête ministériel portant création des Commissions de réforme du droit civil* de 30.09.2017 (*M.B. 09.10.2017*).

Además de la indicada *Comisión*, se crearon las siguientes: *Comisión de reforma del Derecho de bienes* (art. 2), *Comisión de reforma del Derecho de la prueba* (art. 3), *Comisión de reforma del Derecho de responsabilidad* (art. 4), *Comisión de reforma del contrato de préstamo* (art. 5) y *Comisión de reforma de las garantías personales* (art. 6); asimismo, se encargó a los profesores Eric Dirix y Patrick Wéry la coordinación de los trabajos de las *Comisiones* previstas en los artículos 1 a 6 (art. 7; todos los artículos son de la *Arrête ministériel portant création des Commissions de réforme du droit civil* de 30.09.2017).

⁵⁷ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

⁵⁸ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

⁵⁹ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

⁶⁰ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 6.

⁶¹ *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 6-7. Dicha consulta pública tuvo un éxito considerable: ha permitido recoger observaciones individuales de abogados, notarios y magistrados, y de varias Facultades de Derecho (a nivel colectivo, o individual); varias federaciones, asociaciones y organizaciones profesionales han, igualmente, participado en la consulta. La necesidad de una reforma del Derecho de obligaciones ha sido ampliamente defendida por los participantes. La mayor parte de las observaciones han acogido muy favorablemente el anteproyecto, en su redacción y fondo. La *Comisión* ha tenido conocimiento de las observaciones de la consulta pública con mucho interés y ha adaptado el inicial anteproyecto en diferentes puntos. *Chambre des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 7; *vid.* hasta p. 11.

⁶² *Resumen* con el que se inicia el DOC 55 0174/001, p. 3.

«mejorar la seguridad jurídica, reforzar la accesibilidad del Derecho de obligaciones y modernizar el equilibrio entre la autonomía de las partes y el rol del juez en tanto que guardián de los intereses de la parte vulnerable y del interés general», por lo que «se propone: / 1.º confirmar la jurisprudencia constante y las figuras jurídicas comúnmente admitidas; / 2.º clarificar aspectos sujetos a discusión en la práctica actual del Derecho; / 3.º remediar las lagunas del Derecho de obligaciones actual; / 4.º simplificar algunas reglas actuales inútilmente complicadas; / 5.º modernizar el Derecho de obligaciones allí donde actualmente esté absoleta»⁶³.

[6] Sin perjuicio de que el objetivo de mi trabajo sea el análisis del dolo en los Derechos francés y belga, al hilo de su exposición hago unas puntuales referencias del dolo en otros Derechos extranjeros, sea porque lo requiere el contexto de mi exposición, sea por la oportunidad de comparar los Derechos francés y belga con otros Derechos. De este modo procedo con los Derechos alemán, italiano, portugués, suizo, y el Derecho de los Países Bajos. Asimismo de modo puntual aludo al derogado y al vigente Derecho argentino, y a otros Derechos latinoamericanos (colombiano, chileno, paraguayo, peruano, uruguayo y venezolano).

El dolo es una figura *generalizada* en el ámbito del Derecho de contratos y en el Derecho comparado europeo. Lo apuntan, por ejemplo, Smits y Palazón Garrido como sigue:

a) Según Smits, todos los Códigos civiles e instrumentos internacionales tienen claro que el «*fraud (dol, arglistige Täuschung, beddrog)*» es fundamento que permite anular el contrato u otro acto jurídico⁶⁴. Una parte engaña deliberadamente a su contraparte⁶⁵. El autor lo ilustra con los siguientes ejemplos. A puede vender a B un coche tras haber cambiado los 200.000 kilómetros que marca su cuentakilómetros, a 20.000 kilómetros; C puede vender a D una casa, después de repintar sus paredes para ocultar una zona deteriorada⁶⁶.

En cuanto a *los efectos del dolo*, Smits apunta que, en la práctica, quien cree haber sido víctima de dolo puede fundamentar su reclamación tanto en el *error* como en el *dolo*⁶⁷. Además, si puede probar que la otra parte tenía *intención de engañarla*, no solo podrá *anular* el contrato, sino que también podrá reclamar *la reparación de los daños y perjuicios* (con fundamento en la *responsabilidad*

⁶³ *Resumen* con el que se inicia el DOC 55 0174/001, p. 3.

⁶⁴ SMITS (2017), p. 167.

Para un análisis de Derecho comparado del dolo, con mayor o menor profundidad, por ejemplo: ZWEIGERT/KÖTZ (1998), pp. 424-428; PROBST (2008), pp. 66-172; la citada en el cuerpo del texto PALAZÓN GARRIDO (2016), pp. 1221-1268; KÖTZ (2017) pp. 173-184; BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), pp. 486-497, 566-584.

⁶⁵ SMITS (2017), p. 167.

⁶⁶ SMITS (2017), p. 167.

⁶⁷ SMITS (2017), p. 168.

extracontractual, o en una disposición especial)⁶⁸. A la víctima del dolo, la reparación de los daños y perjuicios le es de utilidad, *si incurrió en gastos confiando en la validez del contrato*⁶⁹. Finalmente, Smits apunta que las situaciones calificadas como *fraud* en los sistemas de Derecho civil, probablemente encajen en la *fraudulent misrepresentation* del Derecho inglés, pero ello solo si se produce por una declaración de la parte, pues, si esta se mantuvo en silencio, normalmente no se calificará como *misrepresentation*⁷⁰.

b) Según Palazón Garrido, «[e]n el ámbito comparado, puede afirmarse que el dolo como vicio de la voluntad existe, con unos u otros requisitos, en todos los sistemas jurídicos. En Derecho inglés se ha elaborado la categoría más amplia de la *misrepresentation*, en la cual, según que las declaraciones falsas del contratante que incurre en ella sean inocentes o se hayan realizado con negligencia o de forma consciente, se distingue respectivamente entre *innocent o negligent misrepresentation*, o bien *fraudulent misrepresentation* o simplemente *fraud*. Esta última equivale al dolo en el Derecho con-

⁶⁸ SMITS (2017), p. 168; como ejemplo de disposición especial, el autor cita al artículo 4:117 de los *Principles of European Contract Law*, según el cual: «Damages/ (1) A party which avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 [Time Limits] or 4:114 [Confirmation], it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage./ The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106 [Incorrect Information]./ (3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations».

Por otro lado, el dolo (el fraude) se regula en el artículo 4:107 de los *Principles of European Contract Law*, que ordena: «Fraud/ (1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed./ (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive./ (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:/ (a) whether the party had special expertise;/ (b) the cost to it of acquiring the relevant information;/ (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and/ (d) the apparent importance of the information to the other party».

⁶⁹ SMITS (2017), p. 168; volviendo al ejemplo que había descrito, el de la modificación del kilometraje del coche, antes de su venta, que pasa de los 200.000 kilómetros realmente recorridos a los 20.000 kilómetros, SMITS indica que la víctima del dolo puede anular el contrato y también puede exigir del vendedor el coste del alquiler de un coche de sustitución (el coste razonable).

⁷⁰ SMITS (2017), p. 168; en las pp. 172-175, da breve cuenta de la *misrepresentation* (en particular a partir de la p. 173). Sobre la *fraudulent misrepresentation*, SMITS explica que existe si una parte *sabe* que está haciendo una declaración falsa; para el supuesto en que la parte tuviera una deliberada intención de engañar, la otra podrá anular el contrato y reclamar la indemnización de daños y perjuicios con fundamento en el *tort of deceit* (p. 173). Sobre la *misrepresentation*, con carácter general, CARTWRIGHT (2019), pp. 253-269. Para el concepto de *misrepresentation* y solo para la anulabilidad (*rescission*) del contrato por su causa, FENOY PICÓN, ADC (2017) [101]-[102], pp. 564-568.

tinental: *dolo* en España (arts. 1269-1270 CC⁷¹), Italia (art. 1439-1440 CC it.⁷²) y Portugal (arts. 253-254 CC p.⁷³); *dol* en Francia (arts 1137 a 1139 CC fr⁷⁴); *arflistige o absichtliche Täuschung* en Alemania y Suiza (§ 123 BGB y art. 28 CO⁷⁵); *List* en Austria (§§ 870, 874 y 875 ABGB) y *bedrog* en Holanda [art. 3:44 (3) BW⁷⁶], por citar algunas de las denominaciones del vicio en los distintos idiomas europeos. En Estados Unidos se suele distinguir de modo general entre *intentional and unintentional misrepresentation*, reservando la triple clasificación inglesa a efectos del *tort action*» (cursiva del original)⁷⁷.

[7] En este trabajo hago también algunas breves indicaciones sobre el dolo en los *Principles of European Contract Law* (PECL), en los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* de UNIDROIT versión de 2016 (Principios UNIDROIT) y en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos*. Ello por las mismas razones que he apuntado en el anterior [6].

[8] Finalizo el trabajo con unas conclusiones y valoración personal.

II. EL DOLO EN EL DERECHO FRANCÉS

[9] Lo analizo diferenciando su regulación *antes* de su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y *después* de ella. *Pero antes de hacerlo*, he de aportar más datos sobre esa distinción entre periodos temporales.

⁷¹ Recuerdo su tenor literal: artículo 1269 CC: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho»; artículo 1270 CC: «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes./ El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios».

⁷² Los transcribo *infra* notas 185 y 186; y en nota 84 transcribo el artículo 1427 CCI.

⁷³ Los transcribo *infra* [14] en caja más pequeña c), [19] [B] nota 126 a), [62] [F] nota 368, y nota 213; para el derogado Código civil de 1867, *infra* notas 96 y 126 b).

⁷⁴ Los transcribo *infra* [41] en caja más pequeña.

⁷⁵ El § 123 BGB (1) lo transcribo *infra* en nota 184, y el § 123 (2) BGB *infra* en [62] [C]. MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON indican que el § 123 BGB emplea el término *engaño* (*Täuschung*), mientras que el de fraude (*Betrug*), de uso más común en el Derecho penal, tiene una connotación diferente; al *engaño*, el BGB añade el adjetivo *arglistig* o malicioso, y dicho adjetivo es considerado como «fraudulento» o «doloso», si bien ello está implícito en el término *engaño* [(2006) p. 303].

El artículo 28.2 CO lo transcribo *infra* en nota 369, y el artículo 28.1 CO, en nota 578.

⁷⁶ Lo transcribo *infra* en notas 125 b) y 143.

⁷⁷ PALAZÓN GARRIDO (2016) 6, p. 1225.

1. LOS SUCESIVOS CAMBIOS LEGISLATIVOS Y LA FIJACIÓN DE LOS PERIODOS TEMPORALES

[10] *A efectos de determinar la normativa aplicable al contrato celebrado*, lo que afecta al dolo, se diferencian tres periodos. *Uno*, el de los contratos celebrados *antes* del 01.10.2016. *Dos*, el de los celebrados *entre* el 01.10.2016 y el 30.09.2018. *Y tres*, el de los celebrados *entre* el 01.10.2018 y en adelante. Bénabent apunta «el anuncio [para los contratos] de un largo periodo de un “triple derecho positivo”»⁷⁸.

[11] La anterior distinción entre periodos tiene, como *primera razón*, la reforma que la *Ordonnance n.º 2016-131* hizo en la redacción originaria del *Code civil*. Según el artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131*, la fecha de su entrada en vigor era el 01.10.2016 y prescribía *que a los contratos concluidos antes de dicha fecha se les siguiera aplicando la anterior ley*, sin perjuicio de otras normas de derecho transitorio⁷⁹. Esto delimita el *primer* periodo, el de los contratos celebrados antes del 01.10.2016.

Artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131*:

«Les dispositions de la presente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne [y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public] (esa cursiva y corchetes, míos⁸⁰).

Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation».

Posteriormente –*segunda razón* para diferenciar entre periodos temporales– el Parlamento francés ratificó la *Ordonnance n.º 2016-131* mediante la *Loi n.º 2018-287* (art. 1). Al ratificar, el Parlamento francés *no* se limitó a la aprobación pura y simple, *sino* que llevó a cabo en la *Ordonnance n.º 2016-131* algunos *retoques de redac-*

⁷⁸ BÉNABENT (2018) 10, p. 23.

⁷⁹ Vid. además la nota inmediatamente siguiente. Para los contratos celebrados antes del 01.10.2016, CHANTEPIE/LATINA, «Introduction» (2016) pp. 37-40.

⁸⁰ En la redacción *originaria* del artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131* no se encontraban las palabras que pongo entre corchetes y en cursiva. En la actualidad tales palabras sí forman parte del artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131 desde la fecha de entrada en vigor de la Ordonnance n.º 2016-131*, por obra del artículo 16.III *Loi n.º 2018-287*, artículo, este último, que transcribo algo más adelante en el cuerpo del texto en este mismo [11].

ción y otros de fondo (sobre su contenido), afectando a *una veintena de artículos* sobre el total de los trescientos cincuenta de la *Ordonnance n.º 216-131*⁸¹. La propia *Loi n.º 2018-287*, en su artículo 16.I tercer párrafo *in fine*, califica de *interpretativos* los retoques *de redacción* y esas interpretaciones se aplican *desde el 01.10.2016* (que es la fecha de entrada en vigor de la *Ordonnance n.º 2016-131*; la aplicación/interpretación *es retroactiva*). En cambio, las *reformas de fondo* –indicadas en el artículo 16.I segundo párrafo *Loi n.º 2018-287*– entran en vigor *el 01.10.2018*, según ordena el artículo 16.I primer párrafo *Loi n.º 2018-287*⁸². Esto último, *la fecha de entrada en vigor de las reformas de fondo*, permite diferenciar entre los antes indicados periodos *segundo* (desde el 01.10.2016 hasta el 30.09.2018) y *tercero* (desde el 01.10.2019 y en adelante).

Artículo 1 *Loi n.º 2018-287*:

«L'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée».

Artículo 16 *Loi n.º 2018-287*:

«I. La presente loi entre en vigueur le 1^{er} octobre 2018.

Les articles 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1223, 1327 et 1343-3 du code civil et les articles L. 112-5-1 et L. 211-40-1 du code monétaire et financier, dans leur rédaction résultant de la pré-

⁸¹ BÉNABENT (2018) 9, p. 22.

Sobre la *Loi n.º 2018-287*, DESHAYES/GENICON/LAITHIER señalan su importancia por las tres siguientes razones. *La primera*, porque cierra el proceso de reforma abierto por la «loi d'habilitation du 16 février 2015». *La segunda*, porque transforma la naturaleza y el estatus jurídico de la *Ordonnance n.º 2016-131*. De este modo, hasta la *Loi n.º 2018-287*, el texto de la citada *Ordonnance* conserva la naturaleza de acto «reglamentario», y tras la mentada *Loi*, la *Ordonnance* accede al estatuto de ley, confundiendo con el acto que aprueba el contenido. DESHAYES/GENICON/LAITHIER aclaran que la apropiación por el Parlamento del texto del Gobierno produce como consecuencias que la *Ordonnance n.º 2016-131* no pueda controlarla el juez administrativo y que no podrán impugnarse los casos, en los que la habilitación dada por el Parlamento haya sido sobrepasada. *La tercera razón* es que la *Loi n.º 2018-297* no se ha contentado con ratificar la *Ordonnance n.º 2016-131*, dado que añade algunos cambios; en concreto: se retocan veintiún artículos del Código civil, se introducen dos nuevos artículos en el *Code monétaire et financier*, y se añade al artículo 9 *Ordonnance n.º 2016-131* una precisión sobre la aplicación temporal de los textos de 2016. [SJ (2018) 1, pp. 885-886; *vid.* también 2-4, p. 886].

⁸² Sobre la elección del 01.10.2018, como fecha de entrada en vigor de la *Loi n.º 2018-287* y aplicable a sus *reformas de fondo*, DESHAYES/GENICON/LAITHIER afirman que ello *no es anodino*: permite que la entrada en vigor de la *Loi n.º 2018-287* tenga lugar el mismo día del *segundo aniversario* de la entrada en vigor de la *Ordonnance n.º 2016-131*, y en consideración a esas fechas de referencia, los conflictos temporales de las leyes se solucionarán más fácilmente [«Artículo 16» (2018), p. 34].

sente loi, sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur.

Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du code civil ont un caractère interprétatif⁸³.

II. [...].

III. Le deuxième alinéa de l'article 9 de l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est complété par les mots: «, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public».

Le présent III est applicable à compter du 1^{er} octobre 2016.

[...]».

2. EL DOLO ANTES DE LA REFORMA DEL *CODE CIVIL* POR LA *ORDONNANCE N.º 2016-131*: LA REGULACIÓN ORIGINARIA DE 1804

[12] En *primer lugar* presento los específicos artículos que regulan el dolo en el *Code civil*, y *después* los analizo.

2.1 La presentación de la regulación del dolo

[13] El artículo 1109 CCF *enumera los vicios del consentimiento*, cuando señala que no hay consentimiento válido si el mismo se da con error, o se arranca con violencia, o *se sorprende por dolo*. *Por lo que respecta al dolo*, el artículo 1116 CCF se encarga de regularlo, disponiendo que el dolo es *causa de nulidad de la convención si las maniobras practicadas por una de las partes son tales que, evidentemente, sin ellas, la otra parte no habría contratado*; además, el dolo *no se presume y debe probarse*.

[A] Artículo 1109 CCF:

«Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol».

⁸³ Para los artículos de la *Loi n.º 2018-131 de caractère interprétativo* de la *Ordonnance n.º 2016-131*, que entran en vigor el 01.10.2016 (carácter retroactivo), DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que dicha solución no la prevé positivamente el artículo 16.I *Loi n.º 2018-287* y podría ponerse en duda, pero, la intención del Parlamento se deduce del «caractère interprétatif» que expresamente confiere a tales modificaciones [«Artículo 16» (2018), p. 34, pero *vid. pp.* 34-39].

Artículo 1116 CCF:

«Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des partis sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé».

[B] Los anteriores artículos del *Code civil* influyeron en la regulación del dolo de los ahora derogados Códigos civiles de Holanda (de los Países Bajos) de 1838 (CCH 1838) y de Italia de 1865 (CCI 1865)⁸⁴. Se disponía, respectivamente, lo siguiente:

a) Artículo 1357 CCH 1838: «No será válido el consentimiento, si ha sido prestado por error, ó arrancado por violencia, ú obtenido por dolo»⁸⁵.

Artículo 1364 CCH 1838: «El dolo será causa de nulidad cuando exista el convencimiento de que sin los manejos é intrigas de una de las partes no hubiera la otra contratado.

El dolo no se presume nunca; siempre debe probarse»⁸⁶.

⁸⁴ ZWEIGERT/KÖTZ informan que el *Code civil* francés se conoció en Italia a través de la armada de Napoleón. Sicilia y Cerdeña escaparon de la ocupación francesa gracias a Inglaterra, pero, en el resto de Italia, el *Code civil* entró en vigor, si bien solo por un corto periodo de tiempo. Durante el entusiasmo de la liberación de la dominación francesa, el *Code civil* se derogó en 1814 casi en todos los lugares, pero, rápidamente estuvo claro que el tradicional Derecho de origen canónico y romano era inadecuado para las necesidades del momento, y los individuales territorios italianos fueron gradualmente promulgando nuevos códigos civiles, todos basados en el *Code civil*, y solo los territorios gobernados por Austria, especialmente en Lombardía y en el Véneto, tuvieron el Código civil austriaco de 1811 (ABGB). Pese a haber muchos diferentes códigos civiles en Italia, su común confianza en el *Code civil* formó una base para la unificación del Derecho privado y fue poco después del gran movimiento nacional de unificación —el *Risorgimento*— que se promulgó el *Codice civile* de 1865, unificando el Derecho de Italia. *Este Código se basó esencialmente en la codificación francesa*, pero difiere de él, por ejemplo, en que tiene unas *disposizioni preliminari*. [(1998) p. 104].

Sobre el posterior y vigente *Codice civile* de 1942, de cuya regulación del dolo doy cuenta en el trabajo según lo preciso, ZWEIGERT/KÖTZ señalan que incluye prácticamente todo el Derecho comercial y el económico y no rompió radicalmente con la tradición francesa —citando a Berri, «las principales líneas del Código de Napoleón pueden hoy todavía encontrarse en el Código civil italiano, de hecho no es fácil de comprenderlo sin estar familiarizado de algún modo con el gran trabajo francés ...»— y, si *los principios básicos del Derecho de obligaciones son claramente similares en los códigos italiano y francés*, hay diferencias fundamentales en el área del Derecho matrimonial [(1998) p. 106].

En el Código civil italiano de 1942, los vicios del consentimiento son el error, la violencia y el dolo (art. 1427 CCI: «Errore, violenza e dolo. Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti»). Los artículos 1439 y 1440 CCI regulan el dolo (los transcribo *infra* en notas 185 y 186, respectivamente).

⁸⁵ ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890), p. 365.

⁸⁶ ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1890), p. 366.

b) Artículo 1108 CCI 1865: «El consentimiento no será válido si se dio con error, fue arrancado con violencia ó causado por dolo»⁸⁷.

Artículo 1115 CCI 1865: «El dolo será causa de nulidad, cuando los manejos usados por uno de los contratantes sean tales, que el otro no hubiera contratado sin ellos»⁸⁸.

2.2 El análisis del dolo

2.2.1 EL ERROR PROVOCADO. EL DOLO SIN ERROR. LA DOBLE NATURALEZA DEL DOLO: ILÍCITO CIVIL Y VICIO DEL CONSENTIMIENTO. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL)

[14] Según Flour/Aubert/Savaux, el dolo *es palabra que designa el comportamiento destinado a inducir a error a una persona, a fin de que esta última se decida a celebrar el contrato* —esto es, la víctima del dolo sufre un error provocado; por otro lado, frente al error provocado por dolo (art. 1116 CCF), se encuentra el error espontáneo del artículo 1110 CCF⁸⁹⁻⁹⁰. Por ser el dolo un vicio del consentimiento, debe apreciarse la psicología de su víctima (al respecto *infra* [16] [B])⁹¹.

Desde su perspectiva de Derecho comparado, Zweigert/Kötz indican que el error y el engaño (el dolo) tienen en común que la parte engañada celebra el contrato bajo un error; residiendo la dife-

⁸⁷ ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1885), p. 242.

⁸⁸ ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1885), p. 242. Sobre el dolo en el Código civil italiano de 1865, con carácter general, TRABUCCHI (1937), pp. 26 ss..

⁸⁹ Artículo 1110 CCF: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet./ Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention». Para un análisis del artículo 1110 CCF, FENOY PICÓN, ADC (2017) [276]-[285] pp. 735-741.

⁹⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 212. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI señalan lo usual de presentar al dolo como un *erreur provoquée*, frente al vicio de error, que implica un *erreur spontanée*; recuerdan, además, que el dolo en la formación del contrato nada tiene que ver con el dolo en la ejecución del contrato, definiendo a este último como la inejecución voluntaria o deliberada de las obligaciones que del contrato resulten [(2017) 200, p. 179]. FABRE-MAGNAN apunta que, para que el contrato pueda anularse, el engaño *ha de haber provocado* un vicio en el consentimiento del contratante, *en la práctica un error*; si una de las partes organiza unas maniobras, o miente, o lleva a cabo una reticencia dolosa, que no engañan al contratante, cuando la conclusión del contrato, dicho contratante no podrá después quejarse de dolo, pues su consentimiento no se encontraba viciado [(2012), p. 349]. Y BÉNABENT indica que en el dolo hay *un error provocado* [(2010) 85, p. 68].

⁹¹ FABRE-MAGNAN (2012), p. 349.

rencia en que, en el engaño (en el dolo), *el error se causó deliberadamente por la otra parte*⁹². De ahí que los casos de engaño (de dolo) puedan verse como un supuesto especial de «error causado» (de error provocado)⁹³.

La anterior caracterización del dolo se encuentra en el *Derecho francés*, como acabo de exponer en este mismo [14]. Por lo que respecta a otros Derechos, por ejemplo:

a) Para el *Derecho de los Países Bajos*, Hartkamp y Van Rossum afirman que el dolo causa (provoca) un error⁹⁴.

b) Para el *Derecho italiano*, Cataudella apunta que, en el dolo, hay una falsa representación de la realidad *provocada por la conducta de la otra parte o por un tercero*, y esto es lo que caracteriza al dolo frente al error⁹⁵.

c) En el *Derecho portugués*, al definir el dolo, el artículo 253 del Código civil portugués de 1966 (CCP) apunta al *error provocado* (y también al *error preexistente, que no se deshace*). Según dicho artículo 253 CCP: «Dolo/1. Entende-se por dolo qualquer sugestao ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante./ 2. [...]» (cursiva mía)⁹⁶.

[15] Sentado que el dolo supone un error provocado, ¿puede tener mayor alcance aplicativo? ¿Puede haber dolo sin error? No.

⁹² ZWEIGERT/KÖTZ (1998), p. 424; con posterioridad KÖTZ (2017), p. 173.

⁹³ ZWEIGERT/KÖTZ (1998), p. 424; con posterioridad KÖTZ (2017), p. 173.

⁹⁴ HARTKAMP (2015) 85, p. 91; el autor precisa que el Derecho *demanda exigencias más severas para el dolo (el fraude) que para el error*, como que el dolo (el fraude) requiere de una conducta *intencionalmente* engañosa, además de que el dolo (el fraude) *no exige que el error causado cumpla los requisitos dispuestos en el artículo 6:228 BW para el error vicio* [para un análisis del error vicio del art. 6:228 BW, y del error en la declaración del art. 3:35 BW, FENOY PICÓN (2017) [53]-[56] pp. 522-526].

Según VAN ROSSUM, en el Derecho de los Países Bajos, el dolo y el error se encuentran estrechamente conectados y de hecho, es el comportamiento doloso (fraudulento) el que causa el error. De conformidad con el Derecho de los Países Bajos, no es el dolo (el fraude) lo que, en sí mismo, constituye un defecto de voluntad, sino más bien el error provocado por el acto jurídico doloso (fraudulento) de la parte que engaña [«Artículos 4:107 PECL y 3:44 BW» (2002) p. 207].

⁹⁵ CATAUDELLA (2019), p. 112; en la nota 160 en p. 112, CATAUDELLA, citando a Allara, añade que, en rigor, el dolo, más que ser un vicio autónomo de la voluntad, constituye, como autorizadamente se ha apuntado, «una particular causa de un vicio de la voluntad (el error)».

Por su parte, GAZZONI apunta que el error también puede ser fruto de engaños llevados a cabo por la contraparte o por un tercero, y en tal caso se habla de dolo contractual o negocial [(2019), p. 974].

⁹⁶ El artículo 253.1 CCP se refiere a la «intenção ou consciência» y con esto último (consciencia) parece referirse al conocido como dolo eventual. Sobre el dolo eventual y el Derecho alemán, *infra* nota 184.

En cuanto al *derogado* artículo 663 CCP 1867, este disponía: «También produce nulidad el error que procede de dolo ó de mala fe de uno de los contratantes, ó de un tercero que tenga interés directo en el contrato./ § único.– Entiéndese por dolo en los contratos cualquier sugestión ó artifício empleado para inducir á error ó mantener en él á alguno de los contratantes; y por mala fe el disimulo del error del otro contratante, *después de conocido*» [cursiva mía; ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1891), p. 226].

Al respecto, Malinvaud/Fenouillet/Mekki recuerdan que la *S 30.01.1970* de la *Cour de Colmar* amplió la noción de dolo a supuestos en los que, de modo abusivo, se insiste a una persona anciana, o enferma, a fin de obtener su consentimiento⁹⁷. En concreto, la *Cour de Colmar* había señalado la nulidad, por dolo, de una donación consentida por la donadora en condiciones muy sospechosas (había estado manifiestamente «chambrée»)⁹⁸. Los autores opinan que esa decisión supone *desconocer* la definición de dolo –de que se trata de un error provocado– *pues la donadora había cedido a una cierta forma de violencia, sin realmente haber sufrido un error*⁹⁹. Malinvaud/Fenouillet/Mekki señalan que, posteriormente, la *Cour de Cassation* ha tenido ocasión de *condenar* la apuntada deriva de la noción de dolo¹⁰⁰. En la misma línea de que el dolo se limita al error provocado se manifiesta Fabre-Magnan¹⁰¹.

[16] Además, Flour/Aubert/Savaux apuntan que el dolo es menos un vicio del consentimiento y *más la causa de que haya tenido lugar el vicio del consentimiento; su esencia reside en las maniobras destinadas al engaño, sin las cuales no hay dolo*¹⁰² (elemento intencional). En el dolo, se tiene *más* en cuenta la *deslealtad* llevada a cabo por una de las partes frente a la otra, y se persigue *sancionar más una culpa –consistente en la voluntad de engañar del autor del dolo–* que analizar la *cualidad* de la voluntad

⁹⁷ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183 y nota 416.

⁹⁸ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183.

⁹⁹ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183.

LLOBET I AGUADO describe los hechos de la *S 30.01.1970* de la *Cour de Colmar* como sigue: «Se trataba en ese caso de una mujer de setenta y cinco años que había decidido repartir sus acciones de una sociedad a partes iguales entre su hija y su hijo. Dos días más tarde, sin embargo, firmó un documento por el cual, si bien mantenía la donación en beneficio de su hija, se retractaba de la hecha a su hijo, sobre la cual no había recaído aceptación, y cedía esas acciones a su yerno por un precio extremadamente módico. Posteriormente, demandó la nulidad de este acto invocando el dolo de que había sido víctima por parte de su yerno. Según alegó, había estado acosada por su yerno y no fue sino después de largas discusiones que había consentido esta operación. Incluso, un primer Notario había rechazado la protocolización del documento, por lo que se tuvo que buscar un segundo que habitaba fuera de la ciudad y que ignoraba totalmente el asunto. De aplicarse la noción clásica de dolo, la donante no podía obtener la nulidad del acto. No había cometido ningún error, ni las maniobras de su yerno habían perseguido la producción de un error. Tampoco se puede afirmar que hubiese sido objeto de una intimidación, pues las maniobras de su yerno no habían suscitado un sentimiento de temor. Sin embargo, tales maniobras habían contribuido a debilitar la voluntad de la donante. A pesar de todo ello, el Tribunal estimó la presencia de dolo y decretó la nulidad de la disposición» [(1996), p. 152].

¹⁰⁰ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 205, p. 183.

¹⁰¹ Según FABRE-MAGNAN, la *Cour de Cassation* parece exigir siempre que el dolo haya provocado un error; si se abusó del demandante con un comportamiento reprobable y el comprador insistió en demasía, o se ha ejercido presión sobre el deudor al borde del concurso de acreedores, ello no basta para que haya maniobras dolosas. En el último caso, hay violencia, más que engaño. [(2012), pp. 350-351].

¹⁰² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 212.

de la otra parte (la de la víctima del dolo)¹⁰³. *Entre los vicios del consentimiento, el dolo es aquel cuyo origen delictual (ilícito) se reconoce más claramente en el Derecho contemporáneo*¹⁰⁴. *La expuesta naturaleza mixta del dolo –delito (ilícito) civil/vicio de la voluntad– es algo que los autores suelen señalar*¹⁰⁵.

[A] *Las consideraciones de Ripert.*—En su clásica y conocida obra *La règle morale en las obligations civiles*, Ripert destacaba cómo la regla moral incidía en el dolo:

«Es sobre todo en la teoría del *dolo* en dónde se manifiesta el carácter moral de la teoría de los vicios del consentimiento. Aquí, y por la propia definición del dolo, el examen del juez recae mucho menos sobre el consentimiento del que ha sido engañado, que sobre el acto del que engaña. De siempre, el dolo se ha definido como un acto culpable que puede revestir las formas más diversas, «todo mal camino, para engañar a alguien», dice Domat¹⁰⁶.

[...]

El carácter penal de la acción de nulidad por dolo aparece [...] claramente en la organización técnica de la acción»¹⁰⁷.

[B] *El elemento psicológico y el elemento moral.*—En su análisis de los vicios del consentimiento, *la doctrina francesa maneja constantemente la distinción entre el elemento psicológico y el elemento moral*. De ahí que para el mejor encuadre de mi exposición sobre el dolo en el pensamiento francés, sea oportuna la siguiente información general.

Flour/Aubert/Savaux explican que la formación de la relación contractual reposa sobre una decisión voluntaria del sujeto y por ello, si dicha voluntad estaba alterada —por un error espontáneo, por dolo, o por amenaza— se ponga en causa la propia existencia del contrato. Se trata de una cuestión de naturaleza *psychologique*: la de apreciar la *cualidad* del consentimiento. Advierten los auto-

¹⁰³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 213. FABRE-MAGNAN apunta que el dolo es un engaño, y para caracterizarlo es necesario el elemento intencional. Para la nulidad, el autor ha debido tener una intención fraudulenta, esto es, la intención de engañar a la otra parte para determinarle a la conclusión del contrato. El autor debe ser consciente de que las maniobras cometidas incitan a la otra parte a vincularse. La exigencia del elemento intencional del dolo se requiere en todas las formas de dolo. [(2012), p. 347; *vid.* también p. 348].

¹⁰⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 211, p. 213.

¹⁰⁵ BÉNABENT (2010) 85, p. 68; FABRE-MAGNAN (2012), p. 340; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 508, pp. 258-259, y 512, p. 262; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 201, p. 181.

¹⁰⁶ FABRE-MAGNAN reproduce, por su parte, estas palabras de Domat: «on appelle *dolo* toute surprise, fraude, finesse, feinte et toute autre mauvaise voie pour tromper quelqu'un» [(2012), p. 342]. En otro plano, DE CASTRO Y BRAVO señalaba: «Domat [...] y enumera: la falta [...] de sinceridad y fidelidad (dolo, el coger de sorpresa)» [(1971, rep. fac. 1985) p. 93].

Los antes citados FLOUR/AUBERT/SAVAUX citan en nota a pie de página a Ripert y reproducen la siguiente frase de este último, que he traducido en el cuerpo del texto en caja más pequeña: «L'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui *a été trompé* que sur l'acte de celui qui *a trompé*» [cursiva del original; (2014) nota 2 en p. 231].

¹⁰⁷ RIPERT (1949) 47, p. 87.

res, que tal doctrina clásica rompía con la tradición histórica, fundada en el *formalismo* del Derecho romano, para el que solo contaba, al menos en su origen, el cumplimiento de unos prescritos ritos para el establecimiento del lazo contractual. El Derecho romano no se preocupaba por la cualidad de la voluntad, que no era fuente de obligación. Si el Derecho romano sancionaba los vicios, solo era por un fundamento *moral*: el contrato podía anularse a consecuencia, principalmente, de un dolo o de un acto de violencia, pues sus autores habían cometido un *délit*, una culpa. La nulidad privaba del contrato, obtenido de forma deshonesta, a título de sanción¹⁰⁸.

Trasladándose a la regulación del *Code civil*, Flour/Aubert/Savaux señalan que, en este, se repudió el formalismo y por ello debía haberse abandonado la concepción romana. La lógica del derecho *consensualiste* lleva a la amplia construcción de los vicios del consentimiento, apreciados según elementos exclusivamente psicológicos. Pero, dichos elementos psicológicos son tan imprecisos que, si solo se los tuviera presentes, habría una extrema inseguridad (¿cómo tener en cuenta el menor error, la menor maniobra, la menor coacción?). La voluntad perfectamente consciente y perfectamente libre no existe, y el *Code civil* no recogió de modo completo el consensualismo, deteniéndose a mitad de camino. El carácter *psychologique* de la teoría de los vicios del consentimiento se encuentra limitado por el carácter *moral* que dicha teoría tiene en sus orígenes y que gran parte de ella ha sido conservada. Cuando un contrato se anula por vicio del consentimiento, no es tanto porque el consentimiento no esté sano, sino más bien porque se quiere reprimir comportamientos ilícitos. La teoría de los vicios del consentimiento se establece, hoy, en los textos como en la jurisprudencia, sobre un equilibrio entre consideraciones *psychologiques* y *morales*. Dicho esquemáticamente: las consideraciones *psychologiques* importan al error, las *morales* al dolo, y unas u otras se concilian en el régimen de la violencia. Esto también explica que la *responsabilité civile* merodee alrededor de los vicios del consentimiento, con los cuales cohabita de modo más o menos armonioso¹⁰⁹.

Flour/Aubert/Savaux señalan que, *en lo esencial, el vicio de dolo sigue sometido a las reglas romanas*¹¹⁰.

2.2.2 LAS MANIOBRAS Y LAS MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL). EL *DOLUS BONUS*

[17] Las *maniobras* del artículo 1116.I CCF evocan la idea de *actos* intencionales llevados a cabo por su autor con la finalidad de engañar¹¹¹. El dolo supone el empleo *de artificios*, o la organización *de una puesta en escena*¹¹². Algunos autores franceses lo ilus-

¹⁰⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 191, p. 188.

¹⁰⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 192, p. 189.

¹¹⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 192, p. 189.

¹¹¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; «[...] y sin que, por otro lado, sea necesario que se reúnan las condiciones para la incriminación penal por estafa».

¹¹² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; como ejemplos modernos de maniobras, los autores mencionan casos del comercio de automóviles de ocasión (en nota 4, p. 213:

tran, recordando el conocido caso relatado por Cicerón: *Pythius*, un banquero de Siracusa, tenía una villa al borde del mar y quería venderla a *Cannius*, quien deseaba tener abundante pesca y ante ello, *Pythius organiza una puesta en escena*, consistente en que el día en que *Cannius* fue a visitar la villa, en el mar surcaba una flotilla de barcos simulando una pesca milagrosa; *Cannius* compra la villa a un precio exorbitante¹¹³.

[18] Sin embargo, las maniobras del artículo 1116 CCF *no* deben interpretarse *restrictivamente*, pues, según constante jurisprudencia, *una simple mentira con la deliberada y manifiesta intención de engañar, puede constituir dolo, incluso sin el apoyo de actos exteriores, aunque se precisa cierta gravedad*¹¹⁴.

[19] Por otro lado, si bien la *moral* impone *no mentir*, dicha moral ha de integrarse con la costumbre del comercio, *tolerándose* las pequeñas mentiras de los vendedores con las que habitualmente y de modo excesivo elogian sus mercancías¹¹⁵. El *Derecho francés* conserva la tradición romana de no sancionar el *dolus bonus*, opuesto al *dolus malus* (sí sancionable)¹¹⁶. El contratante ha de

falsar el número del motor, para darle una apariencia más joven; falsar el del contador, para reducir el kilometraje). También MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI se refieren a casos de «*maquillage d'une automobile*» por el vendedor, modificando artificialmente su «*carte grise ou le compteur kilométrique*» para rejuvenecerlo, pero añaden, que «maniobras que rozan la estafa se encuentran de modo bastante raro en la práctica» [(2017) 205, pp. 182-183]. Según FABRE-MAGNAN, *stricto sensu*, las maniobras son actos *positivos* de engaño, artificios, puestas en escena, y así, hay maniobras cuando el vendedor falsea el contador de un coche, modifica el libro de cuentas de su sociedad para disimular pérdidas importantes [(2012), pp. 341-342]. Y para BÉNABENT, las maniobras del artículo 1116 CCF son actos *positivos*, que se caracterizan por una puesta en escena, como la producción de falsos documentos, el «*maquillage*» de un coche accidentado, etc. [(2010) 86, p. 68].

¹¹³ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015), nota a pie de página 45 en p. 259 (Cicerón, *De officiis*, XIV, 3, 57-60); FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; FABRE-MAGNAN (2012), pp. 341-342.

¹¹⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 213; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI –según la fórmula de una sentencia, «un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol»– (2017) 206, p. 183, y en la nota 419, en p. 183, citan «*Cass. 3^e civ., 6 nov. 1970*»; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 509, p. 259; FABRE-MAGNAN –«[I]a mentira consiste en proferir palabras que se sabe que son falsas, en decir una cosa que se sabe que no es verdad»– (2012), p. 342; BÉNABENT (2010) 86, p. 68.

¹¹⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, pp. 213-214.

¹¹⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 214; FABRE-MAGNAN (2012), pp. 342-343; BÉNABENT (2010) 86, p. 68.

Para el Derecho romano clásico, ZIMMERMANN indica que el *dolus* contenía siempre un elemento de desaprobación moral; la persona, tachada de dolo, no necesariamente había empleado el engaño o el truco, sino que había infringido el estándar de actuar de modo honesto (la fidelidad); se comportaba de modo que el buen romano no debía comportarse, apartándose de las premisas y de los preceptos éticos de las *mores maiorum*; ZIMMERMANN recuerda que el Pretor hablaba de *dolus malus*, e incluso si solo hablaba de *dolus*, este último término nunca se consideró referido a lo que se designó como *dolus bonus*; así, por ejemplo, el fraude o el engaño contra el enemigo o ladrón no se objetaba (D 4.3.1.3), e incluso la simulación podía justificarse si se había hecho para proteger a quien simulaba o a los intereses legítimos de alguien; si A quita las cadenas al esclavo de B con el resultado de que el esclavo se escapa, causa un daño a B, pero, no responde por la acción de dolo si actuó por compasión (por un encomiable impulso moral; D 4.3.7.7) [(1996) pp. 668-669]. Según DE COSSIO Y

esperar tales prácticas, dentro de ciertos límites, y si se fía de ellas, no merece protección¹¹⁷.

[A] Malinvaud/Fenouillet/Mekki recuerdan, que habitualmente se enseña que el Derecho francés recoge la tradición romana que distingue entre el *dolus malus* –la mentira que sobrepasa lo permitido a todo vendedor y que constituye dolo– y el *dolus bonus* –el derecho natural de alabar su mercancía, abandonándose al exceso–¹¹⁸. Pero, la idea de un *dolus bonus* parece ajena al Derecho penal, que no solo reprime la publicidad mentirosa, sino que prohíbe el recurso a «alegaciones, indicaciones o presentaciones falsas o de naturaleza a inducir al error» (art. L 121-2 C. Consom)¹¹⁹. Lo que antaño era verdad para el vendedor ambulante, hoy no lo es para el vendedor, en especial para el profesional al que se le exige una perfecta lealtad¹²⁰. De ahí que la doctrina proponga releer la distinción romana dentro del carácter determinante del dolo¹²¹. Siempre es desleal mentir; pero la mentira no siempre conduce a consentir; no se tendrá la consideración de ser víctima del dolo por las pequeñas mentiras habituales en el comercio, o

CORRAL: «La expresión “dolus malus”, nos muestra claramente que el dolo no era una cosa mala en sí, sino algunas veces lícita y aún recomendable: su sentido genérico no es otro que el del engaño, astucia, artificio, que es en el que le emplean los autores cómicos, y así, encontramos en las fuentes jurídicas, frente al “dolus malus” un “dolus bonus”: [...] (D 4, 3, 1, 3). Se trata de engaños y estratagemas que desde el punto de vista moral romano no son censurables: así, según el texto transcrito, las astucias y las informaciones inexactas encaminadas a engañar a un enemigo o a un ladrón; igual consideración tuvieron las mañas o malicias del comercio diario, alabando exageradamente las mercancías, resaltando cualidades que no tienen, sin que por ello lleguen a ser fraudulentas, en cuanto se trata de artificios más o menos hábiles para conseguir una finalidad lícita» [(1955) p. 4]. Vid. FUENTESECA (2002), pp. 32-34.

En cuanto a esos citados textos del Digesto:

a) D 4.3.1: «§ 3.–Mas no se contentó el Pretor con decir “dolo”, sino que añadió “malo”, porque los antiguos decían que también había dolo bueno, y daban este nombre á la astucia, mayormente si alguien maquinase alguna cosa contra el enemigo ó ladrón».

b) D 4.3.7: «§ 7.–Pregunta el mismo Labeon: si á un esclavo mío encadenado lo hubieres desatado para que huyese, ¿se dará la acción de dolo? Y dice Quinto en su nota á aquél, que si no lo hiciste llevado de misericordia, estás obligado por la acción de hurto: pero si por misericordia, debe darse la acción por el hecho». [GARCÍA DEL CORRAL (1889), pp. 352 y 354].

¹¹⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 212, p. 214.

¹¹⁸ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 183.

¹¹⁹ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, pp. 183-184.

Artículo 121-2 del *Code de la consommation*: «Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes: / 1° [...] / 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants: a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service; / b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir: ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service; / c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service; / d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation; / e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services; / f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel; / g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur; / 3.º [...]» (cursiva mía).

¹²⁰ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184.

¹²¹ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184.

por las excesivas y por consiguiente no creíbles¹²². En cambio, si se prueba que, efectivamente, la mentira causó un error en el espíritu del contratante, la jurisprudencia señala que el error, provocado así, es excusable (a diferencia del error espontáneo)¹²³.

Malinvaud/Fenouillet/Mekki también informan, que, *más recientemente, la doctrina ha propuesto recibir directamente la distinción romana del dolus malus/dolus bonus, entendiendo que el dolus bonus es aquel que no es ilícito respecto del criterio de la persona razonable*¹²⁴.

[B] *En cuanto al tratamiento en otros Derechos:*

a) En el Derecho de los Países Bajos, el artículo 3:44 (3) *in fine* BW se refiere al *dolus bonus*, y prescribe que las representaciones hechas de modo general, incluso si no son verdaderas, no constituyen dolo¹²⁵.

b) En el Derecho portugués, según el artículo 253.2 CCP, no constituye dolo ilícito las sugerencias o artificios usuales, considerados legítimos según las concepciones dominantes en el comercio jurídico, ni tampoco la disimulación del error, cuando nada debe dilucidar el declarante según resulta de la ley, de la estipulación comercial, o de dichas concepciones»¹²⁶.

¹²² MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184; añaden: «En definitiva, la mentira más convincente es aquella que más se ajuste a la realidad».

¹²³ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184; añaden: la solución, obtenida para la reticencia dolosa, parece que debe aplicarse *a fortiori* para el caso de la mentira.

¹²⁴ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 206, p. 184; los autores añaden: así sucederá con las mentiras acostumbradas; también con los silencios legítimos, por ejemplo el silencio del asalariado sobre cuestiones relevantes de su vida privada, el silencio del comprador sobre el valor del bien objeto del contrato. Según MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, la jurisprudencia es indulgente con las mentiras que comete un candidato a un empleo [(2015) 509, p. 259].

¹²⁵ a) A ROJO AJURIA la regulación del artículo 3:44 (3) BW –el autor cita 45:3– le sugiere que «[l]a cuestión radica entonces en establecer el grado de imprecisión que diferencia a los “términos generales” de la falsa representación de hechos objetivos» [(1994) p. 239]. Y pensando en un ejemplo de Galgano –el «de un empresario al que se le ofrece un nuevo modelo de ordenador que doblará el volumen de la producción, pero que una vez instalado obtiene los mismos resultados» (p. 236)– ROJO AJURIA apunta que «la afirmación de que un ordenador duplicaría la capacidad productiva de una empresa, ¿es una mera alabanza genérica o imprecisa?, ¿o puede aspirar a ser verdadera y considerarse como la falsa representación de un hecho objetivo?» (p. 239).

b) Artículo 3:44 BW (trad. española): «(3) [...]. Alabanzas en términos generales, aunque no sean verdad, no producen por sí mismas dolo» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «(3) [...]./ Representations in general terms, even if they are untrue, do not, as such, constitute fraud» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013), p. 452].

¹²⁶ a) Artículo 253 CCP: «2. «Nao constituem dolo ilícito as sugestoes ou artificios usuais, considerados legítimos segundo as conceções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação comercial ou daquelas conceções».

b) El *derogado* artículo 667 CCP 1867 disponía: «Las consideraciones vagas ó generales que los contratantes hagan entre sí acerca de los beneficios ó perjuicios que naturalmente puede producir la celebración ó no celebración del contrato, no deben considerarse como dolos ó coacciones» [ROMERO Y GIRÓN/GARCÍA MORENO (1891), p. 227]. Al tratar de «los elogios producidos por la propaganda», DE COSSÓ Y CORRAL apunta que «no han faltado Códigos civiles que no los creen constitutivos de dolo más que en casos determinados. Así, el portugués [de 1867] establece que: “[...]”. Y el Código general de los

c) En el *Derecho italiano no se codifica la distinción dolus bonus/dolus malus*, pero Cataudella informa que es una distinción tradicional¹²⁷. Con el *dolus bonus* se designa el comportamiento, frecuente en la práctica comercial, aunque no solo en ella, que exalta las virtudes de la prestación y atenúa sus defectos¹²⁸. Según Cataudella, no siempre es fácil trazar los límites entre el *dolus bonus* y el *dolus malus* y ello depende de la valoración que del tipo contractual se haga en el ambiente social y específico en el que aquel se sitúe¹²⁹. *Hay coincidencia absoluta en negar la relevancia del dolus bonus*¹³⁰. Dicha conclusión no se fundamenta en la imposición, a la víctima del dolo, de que despliegue cierta diligencia, sino en que no encaja en los engaños que, para el dolo, exigen los artículos 1439 y 1440 CCI. *La indicación legal de los engaños reclama un comportamiento intencional, dirigido a lograr el engaño, y semejante intención debe excluirse en el supuesto del dolus bonus*¹³¹.

2.2.3 LA RETICENCIA DOLOSA (OTRO ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE. EL ERROR SOBRE EL VALOR DE LA PRESTACIÓN. LA IRRELEVANCIA DE LA INEXCUSABILIDAD DEL ERROR

[20] *Durante bastante tiempo, la jurisprudencia francesa no admitió la reticencia dolosa: quien no habla, no engaña; la moral no impone dar armas en contra de uno mismo, liberando al otro de los inconvenientes que le pueda suponer la vinculación; corresponde al otro contratante la defensa de sus intereses*¹³² («Cass. civ., 30 mai 1927»)¹³³. Sin embargo,

bienes para el Principado de Montenegro establecía que: “No se considera que hay dolo cuando aquel que ofrece una cosa hace su elogio, incluso de una manera exagerada, si en las relaciones comerciales no se atribuye gran importancia a estos elogios” [(1955), p. 329].

¹²⁷ CATAUDELLA (2019), p. 114.

¹²⁸ CATAUDELLA (2019), p. 114.

¹²⁹ CATAUDELLA (2019), p. 114.

¹³⁰ CATAUDELLA (2019), p. 114.

¹³¹ CATAUDELLA (2019), p. 114. Puede también suceder que el comportamiento de una parte, sin ser intencional, lleve al otro al engaño, induciéndolo al error. Pero, en dicho caso no hay dolo en sentido propio, sino, en realidad, un supuesto de error, cuya relevancia debe excluirse, pues, tratándose del *dolus bonus*, la otra parte puede evitarlo empleando la diligencia ordinaria. Para el *dolus bonus*, además, GANNUZZI (2019), pp. 975-976.

¹³² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 214. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI también señalan que, *en una primera etapa*, la jurisprudencia no admitió la reticencia dolosa: no hay dolo, ya que a cada uno corresponde informarse sobre todos los aspectos del contrato y de ahí que no haya culpa en callarse, en no desvelar al otro, elementos del contrato que le serían desfavorables [(2017) 207, pp. 184-185]. Lo mismo indican MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK –«el silencio era una habilidad permitida»– y recogen el conocido ejemplo de Cicerón (*De officiis* III, 12, 50 et s.) –el de un mercader que sabe de la hambruna que había en Rhodas y va y vende su trigo a un precio muy elevado, sin decir, que estaba yendo a la isla, pues los había adelantado, un convoy de navíos cargados de trigo, con el mismo destino –; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK señalan que a Cicerón le parecía dicha actitud moralmente reprobable, pero, jurídicamente era irreprochable [(2015) nota 51 en pp. 259-260, y, pp. 259-260]. BÉNABENT (2010) 86, pp. 68-69.

¹³³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX –(2014) 213, nota 6 en p. 214–, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI –(2017) 207, nota 427 en p. 184– y MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK –(2015) 510, nota 52 en p. 260– mencionan la citada, en el cuerpo del texto, S 30.05.1927

la jurisprudencia abandonó dicha tesis y bajo ciertas circunstancias se impone, al que sabe, que informe a su contratante¹³⁴. En ocasiones, la obligación de informar puede resultar de la ley¹³⁵. Ahora bien, jurisprudencia admite que el contrato puede anularse por dolo, si la reticencia consistió en no revelar al cocontratante un hecho que le era imposible conocer o, simplemente, le era difícil conocer por sus solos medios¹³⁶. La reticencia dolosa constituye, pues, una forma ordinaria de dolo¹³⁷.

[A] La S 02.10.1974 de la *Cassation civile* 3^{er}.—Para la reticencia dolosa en el Derecho francés, Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Vogenaueer reproducen aquella sentencia.

Los hechos enjuiciados fueron los siguientes. Por contrato de fecha 06.10.1970, Marcel Jacob, actuando en representación del señor Paul Jacob y señora, compró al señor y señora Goutailler una vivienda y un terreno por 95.000 francos franceses (FF), pagando, a cuenta, la suma de 10.000 FF. El contrato se condicionó a que, antes, se concediera al señor y a la señora Jacob, por una organización financiera, un préstamo de 60.000 FF, no más tarde

de la *Cassation civile*, apoyando su afirmación de que la jurisprudencia, inicialmente, no admitió la reticencia dolosa como dolo.

BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER también aluden a dicha S 30.05.1927 de la *Cassation civile*, en el mismo sentido que los anteriores autores franceses, e informan del contenido de la nota de Breton a dicha sentencia, quien indicó que el mero silencio es capaz de provocar un error; el hecho de la «ausencia de acción» no priva de su efecto causal, y en el contexto, las cosas habrían sido diferentes, si la parte acusada de dolo hubiera hablado; la palabra «manœuvre» es capaz de cubrir a la reticencia y, mientras que la abstención, el mantener silencio, frecuentemente es moralmente indiferente, no siempre es así; Breton cita a Ripert: «Ciertamente, en la mayoría de los contratos hay un conflicto de intereses entre las partes. Cada una de ellas persigue sus propios intereses y en consecuencia, debe autoinformarse. No hay nada equivocado en no suministrar a la otra parte una información que ella misma podría haber encontrado. Sin embargo, la situación cambia y el silencio resulta culpable si una de las partes es consciente de que tiene una obligación de hablar, en lugar de aprovecharse de la ignorancia del otro» [(2019), pp. 570-571].

¹³⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 214. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI señalan asimismo el cambio de orientación de la jurisprudencia, admitiendo la reticencia dolosa; la reticencia es dolo, cada vez que sobre el contratante recaiga una obligación de informar [(2017) 207, p. 185]. Según BÉNABENT, más recientemente, los tribunales admiten que la honestidad impone dar aclaraciones (obligación «de informar») sobre todo por el profesional al profano; por ejemplo, un mecánico vende un coche de ocasión sin revelar que ha tenido un accidente: hay dolo por reticencia; BÉNABENT menciona una lista de casos de la jurisprudencia en los que hubo dolo por reticencia y afirma que «los repertorios de jurisprudencia ilustran la ferocidad de los contratantes» [(2010) 86, p. 69].

¹³⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 214; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 207, p. 185.

¹³⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, pp. 214-215; según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, «[I]a jurisprudencia ha hecho de la reticencia una causa casi general de nulidad por dolo, pero, para llegar a ello, sigue dos vías diferentes: incumplimiento de la obligación de información o incumplimiento de la obligación de buena fe./ Recientemente, y es la explicación más corriente, se dirá que la reticencia constituye dolo cada vez que pesa sobre el cocontratante una obligación de información» [cursiva del original; (2017) 207, p. 185].

¹³⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 215; aclaran a continuación: «Que se haya dudado durante tanto tiempo puede explicarse por una confusión entre la reticencia y el *dolus bonus*, el silencio puede mirarse como una habilidad permitida. Pero tal postulado era falso: frente a un contratante que no puede discernir la realidad, la reticencia es tan culpable y peligrosa como la mentira». Vid. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 510, pp. 260-261.

del 01.12.1970. Además, se estipuló que el señor y la señora Jacob adquirirían la propiedad con todas las servidumbres, de cualquier clase que fueran, que gravaran el terreno vendido y que, para el caso de incumplimiento de los compradores, los vendedores podrían exigirles el pago completo, o quedarse con la suma pagada (cláusula penal).

El 22.04.1971, Jacob informó que no había sido posible obtener el previsto préstamo y que, habiendo conocido del inminente establecimiento de una porqueriza con cuatrocientos cerdos y a una distancia de 100 metros de la casa, desistía de la venta: *afirmaba que, si hubiera sido informado de lo anterior, su hijo Paul nunca hubiera comprado la casa por los inconvenientes y desagradables olores, especialmente durante el periodo de vacaciones, a la altura del verano*. El desacuerdo entre los compradores y los vendedores continuó, y finalmente los vendedores vendieron la casa y el terreno a un tercero por 80.000 FF¹³⁸. *El tribunal, desestimando la apelación del señor y de la señora Goutailler, les ordenó que restituyeran al señor y a la señora Jacob la suma pagada a cuenta, esto es, los 10.000 FF*¹³⁹.

En la sentencia, aparte de otras consideraciones, puede leerse:

«Considerando, sin embargo, que el engaño puede consistir y adoptar la forma de silencio por una de las partes contratantes, que oculta a la otra un hecho, que, si la última hubiera conocido, no hubiera celebrado el contrato.

Considerando que si el consentimiento de la parte inocente fue inducido por el error derivado de un engaño, puede tenerse en cuenta dicho error, incluso si no recae sobre la sustancia de la cosa que forme el objeto del contrato.

Considerando que el tribunal de apelación observó que, habiendo sido informado el señor Goutailler de la objeción de los compradores acerca del establecimiento de la porqueriza, el mismo lejos de manifestar su propia ignorancia, destacó la fecha de la orden que autorizaba el establecimiento y simplemente sostuvo que el señor Jacob “había sido considerado como conocedor de ello” y más tarde había acordado comprar con todas las servidumbres que gravaban la propiedad vendida; que el tribunal inferior también fundó, que el señor Goutailler, sabiendo de la nocividad e insalubridad del proyectado establecimiento, que suponía un serio adverso efecto sobre el disfrute de una casa de campo situada en la inmediata vecindad, no solo nada dijo a su comprador, sino que tuvo el cuidado de asegurarse, al concluir el contrato el 06.10.1970, de incorporar una cláusula que excluía las garantías, cuyo valor descansaba en que “de hecho era la única persona que conocía la situación”.

Considerando las anteriores conclusiones, el tribunal, sin caer en el torcido análisis de los apelantes, indujo el carácter fraudulento de la no información por parte de los vendedores, lo cual había inducido a los compradores, residentes en la ciudad y que buscaban una casa en el campo, a un error sobre un elemento que les determinó a prestar su consentimiento.

¹³⁸ BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), p. 571.

¹³⁹ BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), p. 571.

Considerando que el defectuoso consentimiento afectaba a la validez del contrato, el tribunal inferior tenía razón en rechazar que los vendedores pudieran aprovecharse de las cláusulas del contrato, que insistían en su provecho, intentando asegurarse del beneficio por su no información y reteniendo el pago a cuenta que las víctimas habían hecho por su conducta fraudulenta.

Considerando que se sigue, con los solos fundamentos arriba mencionados, que el tribunal de apelación ha justificado jurídicamente su decisión, siendo infundados los fundamentos de los apelantes.

Con estos fundamentos, este Tribunal desestima la apelación»¹⁴⁰.

[B] *Otros Derechos*.—La admisión de que el dolo puede realizarse mediante maniobras, mentiras o reticencia dolosa también se encuentra en el *Derecho alemán*¹⁴¹ y en el *italiano*¹⁴².

¹⁴⁰ BEALE/FAUVARQUE-COSSON/RUTGERS/VOGENAUER (2019), p. 572.

¹⁴¹ FLUME informa: «Engaño en el sentido del § 123 [BGB; cuyo apartado (1) transcribo *infra* en nota 184] es todo comportamiento mediante el cual conscientemente se sugiere, se refuerza o mantiene en otro una representación incorrecta. La acción engañosa puede consistir en una comunicación de palabra, en la ocultación o encubrimiento de circunstancias o en la simple omisión de informaciones sobre el estado de cosas, o sea, en un silencio. En el último caso sólo hay un engaño que deba entenderse como acción ilícita a los efectos del § 123 [BGB] si existe un deber de hablar. Savigny dice al respecto: “Por regla general el engaño se ejerce mediante una actuación positiva. Pero también es posible mediante una conducta simplemente pasiva, esto es, por tolerar consciente, tácitamente, el error ajeno que nosotros mismos no hemos provocado. Este último, sin embargo, sólo es posible presuponiendo una relación contractual tal, que en ella el otro esté legitimado para esperar de nosotros franqueza, de modo que en este caso callar y hablar han de considerarse como un todo inseparable”. Que haya o no deber de hablar se determina según las convenciones imperantes en un tráfico comercial, lo que también depende de la clase de tipo comercial» [trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), pp. 635-636].

Por otro lado, ACKERMANN/FRANCK se refieren al *derecho a mentir*. Informan de que, pese a que el § 123 (1) BGB exige la ilegalidad solo para la amenaza y no para el engaño, *se acepta ampliamente que el engaño puede justificarse en circunstancias excepcionales*. Y así, los tribunales laborales alemanes reconocen al solicitante de empleo un *derecho a mentir*; si el potencial empleador le enfrenta, en una entrevista, a una cuestión ilegítima. Se tiene derecho a dar una respuesta incorrecta si se es preguntado por un embarazo actual o planificado, o sobre si se es miembro de un sindicato. [(2014), p. 203]. Para el derecho a mentir en el Derecho belga, *infra* nota 481; para el Derecho francés, *supra*, nota 124..

¹⁴² Según CATAUDELLA, el término engaños del *Codice civile*, junto con suponer un comportamiento *intencional* dirigido a lograr el engaño [al respecto *supra* [14] b)], reclama un comportamiento *activo* (para que haya dolo no basta la declaración mentirosa, si no aparece suficiente, por sí sola, para inducir al engaño). De ahí la regla de que *el silencio no configura la hipótesis del dolo*. Sin embargo y en cualquier caso, *si el silencio se encuentra inserto en un contexto particular, puede perder su carácter neutro y constituir una unívoca manifestación de la actuación dirigida a inducir a error a la otra parte*. Por otro lado, se afirma que la violación de una obligación de información no basta para que haya dolo, si no se encuadra en un contexto *dirigido a engañar a la otra parte*. El *animus decipiendi* no puede sustituirse por aprovecharse del error de la otra parte, por quien no lo provocó. [(2019) p. 115]. Por su parte, GANNUZI indica que, siempre que se acompañe de los engaños, constituye dolo la denominada reticencia, que consiste en callar circunstancias que habrían inducido a la otra parte a no contratar y que debían ser aclaradas con fundamento en el deber de actuar según la buena fe [(2019) p. 976]. Por último, según IAMICELI, el engaño se reconoce en la conducta afirmativa (logrado por una falsa información para la maniobra) y en la omisiva (en particular por la falta de información) y, por lo que respecta a la conducta omisiva, los autores y los tribunales muestran un acercamiento más restrictivo. En cuanto los autores, continúa IAMICELI, si bien solo unos pocos están de acuerdo sobre la existencia de un deber general de información, cubierto por el artículo 1349 CCI (*sic*, 1439), en general existe coincidencia en que el silencio relevante es indicador del engaño, aunque esto

En cuanto al *Derecho de los Países Bajos*, el artículo 3:44 (3), primera regla, BW dispone que hay dolo cuando una persona induce a otra al cumplimiento de un concreto acto jurídico, por *proporcionarle intencionalmente una información incorrecta, por ocultarle intencionalmente cualquier hecho que tenga obligación de comunicarle, o por cualquier otro artificio*¹⁴³. Hartkamp apunta, que fue muy discutida la cuestión de *si y bajo qué circunstancias puede cometerse dolo mediante silencio*, apuntando que el artículo 3:44 (3) BW siguió la opinión de Meijers, de acuerdo con la cual es posible que haya dolo si la persona oculta alguna información que tenía el deber de suministrar¹⁴⁴.

[21] Sentado lo anterior –*que en el Derecho francés existen deberes de información*– lo que no está claro es cuáles son los *presupuestos precisos* para que haya lugar a la reticencia dolosa, ya que *ello depende de que el contratante que conoce tenga obligación de informar, y la apreciación de cuándo existe dicha obligación puede variar*¹⁴⁵. Flour/Aubert/Savaux apuntan que la solución requiere de la investigación y de la ponderación comparada *entre la obligación de informar y la obligación de informarse que recae sobre cada uno de los contratantes*¹⁴⁶. Fabre-Magnan también apunta la dificultad de saber en qué concretas circunstancias es posible considerar que uno de los contratantes tiene obligación de informar y que su silencio pueda ser calificado de doloso¹⁴⁷. Para saberlo, la autora considera que, *en principio*, la información ocultada ha de ser *pertinente*; es decir, que *su ignorancia ha determinado el consentimiento del otro contratante* (si este hubiera sabido la información, no habría

último no basta y se requieren de otras circunstancias que prueben más ampliamente la conspiración del que engaña para inducir al otro al acuerdo contractual. Por otro lado, hay autores que sostienen que los tribunales solo requieren del nexo causal entre el silencio y el consentimiento, de modo no diferente al acercamiento que adoptan para la conducta positiva. Acaba informando IAMICELI, que otros autores buscan específicas circunstancias o relaciones en las cuales el Derecho podría exigir un mayor nivel de información, cuya violación es considerada fraudulenta (el caso de los contratos con consumidores, y de los contratos fiduciarios). [«Artículos 4:107 PECL y 1439 CCI» (2005), p. 207].

¹⁴³ Artículo 3:44 BW (trad. española): «3. Dolo existe, cuando alguien mueve a otro para realizar un acto jurídico determinado por alguna comunicación falsa hecha intencionadamente a tal fin, o por callarse intencionadamente a tal fin, de algún hecho que el que se calló estuviera obligado a comunicar, o por otro artificio. [...]» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «3. Fraud occurs where a person induces another to perform a specific juridical act by intentionally providing him with inaccurate information, by intentionally concealing any fact he was obliged to communicate, or by any other artifice. [...]» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013), p. 452].

¹⁴⁴ HARTKAMP (2015), p. 91.

¹⁴⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 215.

¹⁴⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; continúan indicando que ello no excluye que haya *divergencias* en la apreciación, y que, si bien se tienen en cuenta elementos objetivos (en particular el carácter profesional o no de las partes), *aquella se encuentra ampliamente dominada por consideraciones subjetivas*.

¹⁴⁷ FABRE-MAGNAN (2012), p. 346.

contratado)¹⁴⁸. Además, el contratante *no tiene obligación de informar al otro si no posee la información, salvo que no pudiera legítimamente ignorarla* (por su profesión, por ejemplo)¹⁴⁹. Y asimismo es necesario que el otro contratante *no haya podido, por sí mismo, conocer la información*, para cuya apreciación los jueces tendrán en cuenta sus competencias profesionales¹⁵⁰.

Oportuno y conveniente es que transcriba las palabras de Ghestin, reproducidas por Bénabent, sobre el deber de información. Según Bénabent, tras un profundo estudio, Ghestin proponía la siguiente definición del deber de informar:

«aquella de las partes que conoce o debía de conocer, especialmente en razón de su cualificación profesional, un hecho que sabe de su importancia determinante para el otro contratante, está obligado a informarle de ello, desde que a este último le es imposible informarse, o podía legítimamente confiar en su cocontratante, por razón de la naturaleza del contrato, de la cualidad de las partes, o de informaciones inexactas que le han sido suministradas por el otro»¹⁵¹.

[22] *Especial atención se ha prestado en el Derecho francés a la información sobre el valor de la cosa (de la prestación) y la reticencia dolosa* –he de recordar, advierto, que *en el error vicio*, si este versa sobre el valor de la prestación, *no se admite la anulación del contrato* (art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89)¹⁵² –.

¹⁴⁸ FABRE-MAGNAN (2012), p. 346.

¹⁴⁹ FABRE-MAGNAN (2012), p. 346.

¹⁵⁰ FABRE-MAGNAN (2012), pp. 346-347.

¹⁵¹ BÉNABENT (2010) 86, pp. 69-70.

BÉNABENT apunta, de inmediato, que los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Principios UNIDROIT) prescriben, *de un modo más breve*, el deber de información. El autor cita al artículo 3-8 Principios UNIDROIT, hoy, artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT 2016, que dispone: «(Dolo)/ Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad *negocial*» (cursiva mía y sería a lo que BÉNABENT se refiere).

Situándose en otro plano, BÉNABENT alude a algunos *textos legales* –Código de consumo, Código de comercio– que imponen al profesional una obligación de informar al otro, indicando que, en tales casos *la cuestión es si el desconocimiento de dichas prescripciones conlleva automáticamente el dolo, o es preciso establecerlo*. Señala además, que *la obligación de contratar de buena fe* ha permitido a la jurisprudencia más reciente no solo sancionar las retenciones dolosas, sino ir más allá, comprendiendo todo abuso en la conclusión del contrato. Por lo anterior, se pregunta qué sucede con el tradicional elemento intencional del dolo, pues, algunas sentencias siempre se refieren a él, y rehúsan ver un dolo en la negligencia, incluso en la grave, y afirman que el silencio debe ser intencional para engañar al contratante y determinarle a contratar, pero, otras, no mencionan dicha exigencia, y una corriente reciente entiende que el elemento intencional del vicio de dolo es lo que lo separa de la simple responsabilidad por el incumplimiento de una obligación precontractual de información. [(2010) 86, p. 70, y 87, pp. 70-71].

¹⁵² Sobre dicho error en el Derecho francés anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*: «El error *sobre el valor* es *indiferente* para la validez del contrato (se está ante una *lésion*, excepcionalmente causa de nulidad). *Ahora bien*, aquél es causa de nulidad *si deriva de un error sobre la sustancia* (por ejemplo, de un error sobre la autenticidad del cuadro o del

Tratándose del valor de la prestación y su información ¿cuándo hay reticencia dolosa? ¿Cuándo no?

En la conocida *S 03.05.2000* (jurisprudencia *Baldus*), la primera *chambre civile* estimó, para un caso en el que *el comprador* de un lote de fotografías antiguas no había revelado su valor real al vendedor, *que dicho comprador no tenía obligación de informar al vendedor, por lo que no había reticencia dolosa*¹⁵³. La posterior *S 17.01.2007* de la tercera *chambre civil* de la *Cour de Cassation* generalizó la solución de la *S 03.05.2000* (*Baldus*), al casar una decisión en la que se había admitido la nulidad por reticencia dolosa de una promesa de venta de inmueble con el argumento de que el comprador no había revelado información esencial que poseía sobre el precio del bien, por ser agente inmobiliario, y que el vendedor no podía, por sí mismo, conocer¹⁵⁴. La tercera *chambre civil* consideró que los *juges du fond* habían infringido el artículo 1116 CCF. Al entender de *Flour/Aubert/Savaux*, la tercera *chambre civil* refuerza el lazo que une a la reticencia dolosa con la obligación de informar, y así, *no puede pronunciarse la nulidad por el silencio sobre un elemento esencial del contrato, salvo que haya obligación de informar al otro contratante*. Para la *Cour de Cassation*, *el comprador –incluso profesional– no tiene obligación de informar sobre el valor del bien vendido, lo que puede encontrar su razón de*

mueble). Solo el error espontáneo sobre el valor no es causa de nulidad, pues si fue provocado por maniobras o engaños, puede entrañarlo *por dolo*» [cursiva del original; FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [281], pp. 738-739].

¹⁵³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 215; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 207, p. 186; FABRE-MAGNAN (2012), p. 345; BÉNABENT (2010) 87-1, p. 71.

FABRE-MAGNAN informa de los hechos de *Baldus*: La señorita Boucher había vendido en una subasta pública cincuenta fotografías de *Baldus* al precio de 1.000 FF cada una; en 1989, se encontró con el adquirente, el señor Clin, y le vendió otras ochenta y cinco fotografías de *Baldus*, al mismo precio y precio por ella fijado; la señorita Boucher, tras enterarse de que *Baldus* era un fotógrafo de una muy gran reputación, demandó la nulidad de las ventas por dolo. La *Cour d'appel* condenó al señor Clin a pagar a la señorita Boucher la suma de 1.915.000 FF, suma que representaba la restitución del valor de las fotografías vendidas cuando la venta de 1989, previa deducción del precio de venta de los 85.000 FF, como saldo resultante para la señorita Boucher. La sentencia señalaba que el señor Clin (re)vendió las fotografías de *Baldus* a un precio que no tenía relación con su precio de compra, y que sabía que, comprando nuevas fotografías de *Baldus* al precio de 1.000 FF cada una, estaba contratando un precio irrisorio en relación con el valor de los clichés en el mercado del arte, faltando así a la obligación de contratar de buena fe que pesa sobre todo contratante. La *Cour de Cassation* censura de forma lapidaria a la *Cour d'appel*, afirmando «que ninguna obligación de información pesa sobre el comprador». [(2012) nota 2 en p. 345].

¹⁵⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, «el adquirente incluso profesional» (en el caso, un comerciante) «no tenía obligación de informar en beneficio del vendedor» (en el caso, un profano en situación de vulnerabilidad) «sobre el valor del bien adquirido» (en el caso, una casa) [(2017) 207, p. 186]; BÉNABENT (2010) 87-1, p. 71 (en provecho del agente inmobiliario que compra a un buen precio una casa al vendedor agricultor; en nota a pie de página 146, el autor indica que se trata de la primera *chambre civile*: «Civ. 1^{er}, 17 janvier 2007»).

*ser en los límites de la lealtad y la oportunidad económica.*¹⁵⁵ A modo de conclusión, Flour/Aubert/Savax apuntan que los *comportamientos* que originan el dolo –maniobras, mentiras, y reticencia– *no son equivalentes, pues, afectando a los mismos elementos contractuales, no tienen la misma incidencia: una distorsión fraudulenta sobre el valor del bien o una mentira sobre dicho valor son causa de nulidad; no lo es el mero silencio sobre el valor*¹⁵⁶.

A Fabre-Magnan, experta sobre la obligación de informar¹⁵⁷, la solución jurisprudencial de que no ha de informarse sobre el valor del bien, le parece *un poco excesiva*. A su entender, habría que distinguir según que el contratante se limite a adquirir un objeto puesto ya a la venta a un precio dado –esto es, se aprovecha del error de su contratante– o por el contrario, que haya sido aquel contratante quien haya provocado el error, incitando al vendedor a que le ceda la cosa a un precio claramente inferior al de su valor real. No es lo mismo aceptar una oferta con todos sus elementos esenciales ya determinados por el oferente, que, por el contrario, causar uno de los elementos esenciales de la oferta, y en este segundo caso puede estimarse que se reúnen las características de las maniobras constitutivas de un dolo¹⁵⁸.

Fabre-Magnan añade, que el Derecho francés es citado como uno de los Derechos más desarrollados sobre la obligación de información¹⁵⁹.

[23] *Ahora bien*, la regla de que no se exige informar sobre el valor del bien cuenta con la siguiente *excepción*: la cesión de accio-

¹⁵⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; informan, además, de la *S 04.06.2009* de la primera *chambre civile* de la *Cour de Cassation*, según la cual el arrendador, que se reserva la aplicación de una disposición del *Code civil* al contrato, no tiene obligación legal de información, ni comete una reticencia dolosa no explicando su alcance; no ha de esperarse que una parte del contrato informe a la otra del contenido de la ley; el contratante que la ignora debe informarse sobre ella; y salvo circunstancias particulares relacionadas con la existencia de una obligación legal, no se puede pretender que corresponda a la otra parte el suministro de tal información. [(2014) 213, p. 217].

FABRE-MAGNAN también se refiere *Baldus* (cuyos hechos he relatado *supra* nota 153, según su explicación) y a la posterior *S 17.01.2007* de la tercera *chambre civile* de la *Cour de Cassation* (reproduce estas palabras de esa sentencia de 2007: «el adquirente, incluso profesional, no tiene una obligación de informar en beneficio del vendedor sobre el valor del bien adquirido») [(2012) p. 345, y nota 3 de p. 345]. Para la *S 04.06.2009* de la primera *chambre civile* de la *Cour de Cassation*, citada por Flour/Aubert/Savaux en el anterior párrafo de esta misma nota, FABRE-MAGNAN (2012) p. 347 y nota 2.

¹⁵⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216.

¹⁵⁷ Es autora *De l'obligation d'information. Essai d'une théorie* (1992), que fue su tesis como informa la propia FABRE-MAGNAN: (2012) nota 5 en p. 345.

¹⁵⁸ FABRE-MAGNAN (2012), pp. 345-346.

¹⁵⁹ FABRE-MAGNAN (2012), p. 346; a continuación hace la habitual comparación con el Derecho inglés: «La tradición del Derecho inglés, por ejemplo, era, por el contrario, la del principio *caveat emptor*, es decir que el comprador ha de “estar en guardia” e informarse él, una obligación de información no existe más que en ciertos contratos –los contratos *uberrimae fidei*, es decir, los contratos con la mayor buena fe– que implican una confianza especial entre las partes (el contrato de seguro, por ejemplo)».

nes (*droit sociaux*), interviniendo en la cesión dirigentes de la sociedad afectada¹⁶⁰.

En la *S 27.02.1996* –jurisprudencia *Vilgrain*, cronológicamente anterior al expuesto caso *Baldus*– la *chambre commerciale* sentenció que *el dirigente, que adquiere acciones sin informar al cedente durante las negociaciones que las revenderá a un precio superior, falta a su deber de lealtad en relación con todo socio y comete una reticencia dolosa*¹⁶¹. Solución que la *S 25.03.2010* reafirma¹⁶². Flour/Auber/Savaux consideran que son casos en los que, *entre las partes, median relaciones particulares que intensifican la lealtad de una (el dirigente) respecto de la otra (el socio) y obligan al primero a informar al segundo, si no es, correctamente hablando, sobre el valor de las acciones, al menos sobre el precio al que las cederá*¹⁶³.

[24] Por último para la reticencia dolosa, *no se cuestiona si el error, cometido por el otro contratante* (esto es, la víctima del dolo) *fue o no excusable: la S 21.02.2001 afirma que «la reticencia dolosa siempre hace excusable al error provocado»*¹⁶⁴ (en cambio, para la relevancia del error vicio del art. 1110.I CCF, el error debe ser excusable¹⁶⁵). Flour/Aubert/Savaux opinan que dicha regla sobre el dolo *puede sorprender por su carácter absoluto, pero puede justificarse en que, junto a la virtud de su simplicidad, lo esencial es la comparación entre las obligaciones de informar y de informarse que incumbe a cada una de las partes, y el resultado de dicha comparación no apela a una corrección complementaria*¹⁶⁶.

¹⁶⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216.

¹⁶¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216.

¹⁶² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 216; el dirigente había disimulado una oferta firme de adquisición, por una tercera sociedad, en condiciones financieras más ventajosas, de los títulos que había comprado a un socio.

¹⁶³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213, p. 217. *Vid.* además FABRE-MAGNAN (2012), pp. 344-345.

¹⁶⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213-1, p. 216; FABRE-MAGNAN (2012), p. 350; BÉNABENT (2010) 85, p. 68.

¹⁶⁵ Sobre la excusabilidad del error del artículo 1110 CCF, frente al dolo: «Si el error es fruto de una ligereza o negligencia excesiva (*error inexcusable*), el contrato se mantiene (requisito introducido por la jurisprudencia para la relevancia del error [del art. 1110 CCF]). La inexcusabilidad se aprecia *in concreto* (en función de las capacidades personales del interesado, en particular de su competencia profesional). *Pero* la jurisprudencia admite que *no hay error inexcusable, si es consecuencia de un dolo, en particular de una reticencia y, cuando se trata de un error obstáculo*. La jurisprudencia admite que *hay una obligación de informarse que recae, con intensidad variable, en todo contratante y que pone un límite a la sanción del error sobre la sustancia*» [cursiva del original; FENOY PICÓN, ADC (2017) [283], p. 740].

¹⁶⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 213-1, p. 217. Más adelante, los autores reiteran que no ha de razonarse a partir del error, sino de la confrontación entre la obligación de informarse y la de informar. Apreciándose globalmente la situación de las partes –profesional o no, acceso a la información, etc.– ha de determinarse si el cocontratante de la pretendida víctima *debe informarla, o no. Si no debe informarla*, el contrato no puede anularse, ni pretenderse una responsabilidad. *Si ha de informarla*, ha de distinguirse. Y así, *si dicha información era determinante del consentimiento y deliberadamente ha sido*

2.2.4 EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL. LA APRECIACIÓN *IN CONCRETO* DEL DOLO. LOS ERRORES SOBRE EL VALOR DE LA COSA (DE NUEVO), Y SOBRE LOS MOTIVOS EXTRAÑOS A LA COSA O A LA PERSONA DEL CONTRATANTE

[25] Para que las *maniobras*, las *mentiras* y la *reticencia* de uno puedan merecer la calificación de *dolosas*, *deben haber sido determinantes del consentimiento del otro; esto es, que sin ellas, el otro* (la víctima) *no habría contratado* (art. 1116.I CCF). *Se trata, el anterior, del dolo principal*, el cual permite que se pueda anular el contrato y al que tradicionalmente se le opone el *dolo incidental, dolo este último en el que, sin él, el contrato igualmente lo habría concluido su víctima, pero en diferentes condiciones, en particular, en condiciones pecuniarías más ventajosas para ella*¹⁶⁷. El dolo incidental no da lugar a la anulación del contrato y *solo permite indemnizar los daños y perjuicios del contratante engañado*, lo que se traduce, según el caso, en un aumento o en una disminución del precio convenido¹⁶⁸.

[A] *El origen de la distinción entre dolo principal e incidental.*—Zimmermann informa que la más importante e influyente contribución de los *juristas medievales* a la doctrina del dolo fue la distinción que hicieron entre el *dolus causam dans* y el *dolus incidens*¹⁶⁹. En ambos, el comportamiento fraudulento *debía causar el engaño de la otra parte* (algo inherente en la definición de *dolus* de Labeon, y de Servius¹⁷⁰), si bien en uno —en el *dolo causam dans*— la parte inocente (la víctima del dolo) *no habría contratado*, salvo por el fraude, y en el otro —en el *dolus incidens*— *solo se afectaban los terms* (las cláusulas) del contrato, por ejem-

callada para engañar, el contrato puede anularse por dolo, además de la reparación de los daños. *Y si falta alguno de los anteriores requisitos*, no podrá pronunciarse la nulidad del contrato, pero podrá exigirse del que calló la reparación de los daños. [(2014) 213-1, p. 218].

¹⁶⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 220; sobre la distinción entre dolo principal e incidental, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 189; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 512, p. 261 (señalan que el dolo incidental no determina el consentimiento, porque recae sobre partes secundarias del contrato); FABRE-MAGNAN (2012), pp. 351-352. Sobre el dolo incidental, BÉNABENT apunta que, a veces se habla de dolo incidental para designar el caso en que el engaño recae sobre un elemento accesorio del contrato [(2010) 89, p. 72].

¹⁶⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 220. *Vid.* además MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 189; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 512, pp. 261-262; FABRE-MAGNAN (2012), p. 352; BÉNABENT (2010) 89, p. 72.

¹⁶⁹ ZIMMERMANN (1996), p. 670.

¹⁷⁰ D 4.3.1: «§ 2.— Servio definió así ciertamente el dolo malo: cierta maquinación para engañar á otro, cuando se simula una cosa, y se hace otra. Pero Labeon dice, que también sin simulación puede obrarse de modo que se engañe á alguien, y que también sin dolo malo puede hacerse una cosa, y simularse otra, como hacen los que con disimulación de esta naturaleza cuidan y defienden ó sus propios intereses, ó los ajenos. Y por esto lo definió él así: dolo malo es toda astucia, fallacia /*sic*; falacia], ó maquinación empleada para sorprender, engañar, ó defraudar á otro. La definición de Labeon es verdadera» [GARCÍA DEL CORRAL (1889), pp. 351-352].

Sobre la *actio doli*, JÖRS/KUNKEL (1937; reimp. 1965) 62, pp. 151-152, 155-156; 160, pp. 369-370; DE COSSIO Y CORRAL (1955), pp. 35-59.

plo, el precio –es decir, el contrato se habría celebrado, pero con diferentes (mejores) *terms* para la víctima del dolo–¹⁷¹.

Según Zimmermann, los glosadores obtenían esa distinción entre dolos de un fragmento complejo y críptico del Digesto, atribuido a Ulpiano, que contenía la frase: «... aut nullum ese venditionem, si in hoc ipso ut venderet [minor annis viginti quinque] circumscriptus est» (D 4.3.7)¹⁷². Se entendía que ese fragmento indicaba que, *si el dolus indujo a vender al vendedor, el contrato de venta era nulo ipso iure*¹⁷³. En cambio, *la venta permanecía válida*, si el *vendedor tenía en ese momento, de hecho, intención de vender el esclavo, pero, frente al ejemplo discutido, ello era sin peculium* (en el ejemplo del D 4.3.7, la venta era con peculio)¹⁷⁴. La distinción entre *dolus causam dans* y *dolus incidens* resolvía la vieja cuestión de los efectos del dolo en los contratos de *bonae fidei*: solo el *dolus causam dans* suponía su invalidez; si el dolo era *incidens*, la transacción *no era nula*, ni podía recurrirse a la *actio* de dolo, ni a la *exceptio doli*; el propio *bonae fidei iudicium* (D 4.3.7) podía utilizarse para remediar tal situación¹⁷⁵. En cuanto a los contratos *stricti iuris*, se disponía de la *actio* de dolo y de la *exceptio doli* con independencia de que el dolo fuera causal o incidental¹⁷⁶.

La apuntada distinción entre dolos y sus efectos, basada en la división *bonae fidei/stricti iuris*, sobrevivió durante bastante tiempo, aunque *finalmente* se impuso el régimen aplicable a los contratos de *bonae fidei*, y *además, progresivamente se iba atacando la idea de que el contrato celebrado por fraude fuera nulo* –ahora, no se discutía la validez del consentimiento obtenido por fraude; la declaración de la parte defraudada refleja una voluntad efectivamente existente; y aparte, la invalidez *ipso iure* implicaba que podía invocarla la víctima del fraude, y *también el defraudador*, resultado este último difícil de reconciliar con la idea de que no debe permitirse nunca al defraudador beneficiarse de su propio dolo–¹⁷⁷. *Por ello, se llegó a reconocer que el efecto del dolo podría ser el de hacer anulable el contrato a instancias del defraudado*¹⁷⁸. Pero, *¿cuándo este podría hacerlo? Y para esta cuestión*

¹⁷¹ ZIMMERMANN (1996), p. 670.

¹⁷² ZIMMERMANN (1996), p. 670.

D 4.3.7: «ULPIANO; *Comentarios al Edicto, libro XI*.–Y discretamente interpreta Pomponio estas palabras, “si no hubiera otra acción”, de esta manera, si de otro modo no pudiere tener salva la cosa aquel á quien la cosa le pertenece. Y no parece que se opone á esta opinión lo que escribe Juliano en su libro cuarto, que si un menor de veinticinco años, engañado por el consejo de su esclavo, hubiere vendido á éste con su peculio, y el comprador lo hubiere manumitido, deberá darse contra el manumitido la acción de dolo. Porque esto lo entendemos así, que no hay dolo en el comprador, de suerte que no pueda estar obligado por la compra; ó *que es nula la venta, si precisamente para que vendiera fue engañado*. Y lo que se dice de que fue un menor, no lleva aparejada restitución por entero; porque contra un manumitido no puede tener lugar ninguna restitución por entero» [lo que he puesto en cursiva se corresponde con la frase que he reproducido en el cuerpo del texto; GARCÍA DEL CORRAL (1889), p. 353].

¹⁷³ ZIMMERMANN (1996), p. 670.

¹⁷⁴ ZIMMERMANN (1996), p. 670.

¹⁷⁵ ZIMMERMANN (1996), pp. 670-671. Transcribí D 4.3.7, *supra* en nota 172.

¹⁷⁶ ZIMMERMANN (1996), p. 671.

¹⁷⁷ ZIMMERMANN (1996), pp. 671-672.

¹⁷⁸ ZIMMERMANN (1996), p. 672.

—señala Zimmermann— *la vieja distinción entre dolus causam dans/dolus incidens recibió una renovada atención*¹⁷⁹. Estaba claro que el defraudado (la víctima del dolo) disponía de la normal acción del contrato, en orden a reclamar la restitución, pero *dicha restitución significaba dos diferentes cosas*¹⁸⁰. Si se asumía que el defraudado se habría totalmente abstenido de celebrar el contrato, si hubiera sabido la verdad (*dolo causam dans*), podía liberarse del contrato y reclamar cualquier otro daño que hubiera sufrido¹⁸¹. Si podía establecerse que el defraudado hubiera celebrado el contrato, aunque (por ejemplo) a un menor precio de compra (*dolus incidens*), no había base para rescindir el contrato y en tal caso, la reclamación se limitaba a la cantidad pagada o prometida pagar que, por razón del fraude, excedía de la suma que la parte inocente hubiera estado dispuesta a entregar¹⁸².

[B] *Otros Derechos.*—En 1996, Zimmermann afirma que la distinción *dolus causam dans/dolus incidens* sobrevive en el Derecho de Sudáfrica y, vía Pothier, en el *Code civil* francés¹⁸³, y que no sobrevive en el Derecho alemán (§ 123 BGB)¹⁸⁴.

¹⁷⁹ ZIMMERMANN (1996), p. 672.

¹⁸⁰ ZIMMERMANN (1996), p. 672.

¹⁸¹ ZIMMERMANN (1996), p. 672.

¹⁸² ZIMMERMANN (1996), p. 672.

¹⁸³ ZIMMERMANN (1996), p. 672 (pero *vid.* la nota 159 en p. 672).

Para el Derecho suizo, KÖTZ informa que el *Bundesgericht* suizo rechazó la distinción entre dolo causal e incidental en su extensa y cuidadosa S 04.05.1938, si bien posteriormente la *aceptó* en su S 07.06.1955, en la que el *Bundesgericht* afirmó: «Cuando la rescisión del contrato parece sorprendente en un caso en el que dolo ha sido incidental, el juez puede rehusarla y limitarse a reducir las prestaciones del perjudicado en la medida en que este habría concluido el contrato, si él no hubiera sido engañado»; KÖTZ indica, además, que se vea la S 25.09.1973 del *Bundesgericht* [(2017) nota 10 en pp. 174-175]. Sin perjuicio de lo que a continuación indico en el cuerpo del texto y en las siguientes notas a pie de página, LHOSSÉ informa que el efecto de la anulación para el *dolus causam dans* y el de la reclamación de daños para el *dolus incidens* se ha conservado en diversas codificaciones, así en Francia, Italia y España; que es distinción desconocida para el Derecho inglés; y que no ha sido seguida, por ejemplo, en los Derechos austriaco, alemán y suizo [«Artículo 4:107» (2018) 8, p. 694; LHOSSÉ apoya su información en Probst]. Y al acudir a PROBST, he de indicar que este autor señala que en los sistemas de *civil law* pertenecientes a la tradición legal alemana, la cuestión del *dolus incidens* no ha dado lugar a mucha discusión doctrinal o duda judicial. En Austria, Alemania y Suiza, los tribunales y los académicos están de acuerdo, casi por unanimidad, que el *dolus incidens* es un defecto del consentimiento que hace anulable al contrato. En consecuencia, un *deceptus* tiene derecho a anular el contrato que hubiera celebrado en cualquier caso, si bien con diferentes condiciones (*terms*) si hubiera conocido de su falsa representación [(2008) 247, p. 119]. En cuanto al Derecho suizo, PROBST apunta que inicialmente el *Bundesgericht* consideró relevante la distinción *dolus causam dans/dolus incidens* (S 06.03.1914), pero el Tribunal abandonó tal punto de vista en posteriores casos; así en la S 04.05.1938 (que desautorizó a la S 06.03.1914) y en la S 25.09.1973 (nota 1021 en p. 121; de interés, 241-248, pp. 118-122).

Transcribo el artículo 28.1 CO *infra*, en nota 578.

¹⁸⁴ § 123 BGB: «Impugnabilidad por causa de engaño o intimidación/ (1) *Quien ha sido inducido a emitir una declaración de voluntad mediante engaño doloso* o ilícitamente por intimidación puede impugnar la declaración./ (2) [...]» [trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008), pp. 55-56].

ZIMMERMANN señala que, según el § 123 BGB, un contrato puede rescindirse, no importando si fue afectado por un *dolus causam dans* o por un *dolus incidens*; *solo se requiere que la declaración de voluntad haya sido «inducida» por el comportamiento fraudulento*. Sin embargo, los padres del BGB no quisieron desviar de la consolidada

distinción doctrinal. Y el *Motive* remite al lector a la regla de la parcial invalidez: una transacción afectada por fraude puede parcialmente rescindirse solo si se asume que el defraudado hubiera celebrado el contrato, incluso si se hubiere omitido la parte rescindida [(1996) pp. 673-674]. Según FLUME: «El engaño es doloso cuando quien engaña es consciente de ello o cuenta con que la otra persona sea inducida por el engaño a una declaración de voluntad que de otra manera no habría hecho o no del mismo modo. En el último caso [en, *no del mismo modo*] se hablaba en la doctrina del Derecho Común de *dolus incidens* en oposición al *dolus causam dans*. La distinción carece de importancia para la cuestión de la impugnación» [la cursiva de la última frase, mía; trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998) p. 637]. Por su parte, ACKERMANN/FRANCK apuntan que en el Derecho alemán se acepta ampliamente que el dolo incidental basta para anular el contrato, aunque ello no permanece incontestado [«Artículos 4:107 PECL y II.-7:205 DCFR, y § 123 (1) BGB» (2014), p. 204, *vid.* desde p. 203]. ACKERMANN/FRANCK también se refieren a la regulación del dolo en los PECL (art. 4:107, que transcribí *supra* nota 68) sobre la que señalan que, de sus palabras, no puede claramente inferirse si la parte engañada puede anular el contrato solo si lo celebró por el dolo (*dolus causam dans*) o basta con que pruebe que, sin el dolo, lo hubiera celebrado con diferentes condiciones (*terms*), por ejemplo, a un precio más bajo (*dolus incidens*). Los autores apuntan que las disposiciones de los PECL sobre el error incluyen al *dolus incidens* solo si, sin el error, la parte inocente hubiera pactado condiciones (*terms*) «esencialmente» diferentes [art. 4:103 (1) (b) PECL] y que se excluye el derecho a anular el contrato si la parte que no erró quiere cumplir, de conformidad con lo que la parte que erró realmente pretendió (art. 4:105 PECL). La ausencia en los PECL, de cualquier similar restricción en lo que respecta al dolo, indica que esta previsión se aplicará generalmente a los casos de mero *dolo incidens*. Lo anterior se refuerza por la consideración, en el Comentario del artículo 4:107 PECL, de que una parte que actúa fraudulentamente merece menos protección, que la contraparte de quien erró. (p. 200). En cuanto a los PECL, LHOSE (si bien se refiere a las «model rules») señala que se abstienen de incorporar cualquier restricción al *dolus incidens* y un *suficiente* lazo causal presupone, no más, que el contrato no se hubiera celebrado tal y como está [esto es, con sus particulares condiciones (*terms*); «Artículo 4:107» (2018) 7, p. 688].

En otro orden de consideraciones (para el *dolo eventualis*) y para el Derecho alemán, MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON señalan, que «[e]l engaño se define así como una *deliberada* falsa representación de hechos con la intención de entrañar o mantener un error» (cursiva mía; p. 303) y si bien, «el § 123 I BGB requiere ‘*Arglist*’, ie un comportamiento fraudulento o deliberado», «[e]l Tribunal ha desarrollado la regla de que el *dolus eventualis* (*bedingter Vorsatz*) basta para establecer el engaño deliberado» [p. 305; ambas de citas de (2006)]. Similar información ofrecen ACKERMANN/FRANCK: el «§ 123 (1) BGB solo cubre la deliberada falsa representación o la no información con la intención de causar o mantener un error. Sin embargo, los Tribunales alemanes han sostenido que basta para el engaño “doloso” [“fraudulento”] que una parte “se vuelva ciego a la verdad”, esto es, que considere que sea posible que una declaración sea falsa (*dolo eventualis* [...]). La intención indirecta basta también en relación al efecto del engaño de la declaración falsa, en la parte inocente» (p. 203). Al igual que antes, ACKERMANN/FRANCK se refieren a la regulación del dolo en los PECL, al artículo 4:107, cuyo segundo apartado, recuerdo, dispone: «[a] party’s representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive». ACKERMANN/FRANCK llaman la atención de que parece claro que en el artículo 4:107 (2) PECL se exige, expresamente, un propósito de engañar al otro y pese a ello, en el *Comment A* del artículo 4:107 PECL se alude al comportamiento «temerario» («*reckless*») sobre el que se indica que entra dentro del dolo, lo cual parece contradecir a la definición legal. En su opinión, el comentario oficial del artículo 4:107 PECL y el tenor literal del artículo 4:107 PECL pueden reconciliarse, asumiendo que el «propósito» del artículo 4:107 PECL incluye también la llamada intención condicional o indirecta (*dolus eventualis*), es decir, aquella situación en la que la parte sabe de la posibilidad real de que la otra se encuentre equivocada y no evita su confusión. ACKERMANN/FRANCK admiten que su consideración no despeja enteramente la aludida discrepancia, pues la «temeridad» («*recklessness*») puede entenderse también como una grave o consciente negligencia, y no como una subcategoría del «propósito». (p. 200). Finalmente, ACKERMANN/FRANCK comparan los PECL y el Derecho alemán y afirman que sus posiciones son muy cercanas, si al artículo 4:107 PECL se le asigna el acercamiento del Derecho inglés, según el cual la mera negligencia, aunque sea grave, no basta para establecer que una (falsa) declaración fue temeraria, ello en la medida en que

A lo anterior, he de añadir que en el *Derecho italiano* sobrevive *legislativamente* la distinción entre dolo causal (art. 1439 CCI¹⁸⁵) y dolo incidental (art. 1440 CCI¹⁸⁶). Para el dolo incidental, el artículo 1440.I CCI dispone que, si las maniobras no son tales como para determinar el consentimiento, el contrato es válido, aunque sin ellas el contrato se hubiera concluido en distintas condiciones, y el contratante de mala fe responde de los daños. Cataudella señala que el daño económico es elemento constitutivo del dolo incidental, pues el artículo 1440 CCI exige las «condiciones diversas» que se hubieran pactado sin la influencia del comportamiento doloso, lo que parece apuntar a las condiciones diversas *que hubieran sido económicamente más favorables al contratante cuya voluntad fue desviada a causa del dolo*¹⁸⁷.

[26] Retornando al Derecho francés, *numerosos autores denuncian, según Flour/Aubert/Savaux, la distinción entre dolo principal e incidental por su carácter artificial, lo cual se razona en que, psicológicamente, es irreal pretender distinguir la voluntad de contratar, considerada de modo abstracto, de la concreta voluntad de contratar en tal o tales condiciones*¹⁸⁸. Flour/Aubert/Savaux opinan que, en realidad, *el dolo incidental ha de bastar para justificar la anulación, si esta es demandada, ya que para considerar*

la declaración se hiciera con la honesta creencia de que era verdadera («House of Lords, *Derry v. Peek* [1889]»). De este modo, la temeridad puede probarse *si una parte hace una declaración con un sentimiento de ansiedad sobre su verdad, pero deliberadamente evita salir de sus dudas* («High Court of Justice, *GE Commercial Finance Ltd v. Gee* [2005]»). (p. 204). Sobre el *dolo eventualis*, vid. además LHOSE, «Artículo 4:107» (2018) 6, p. 693.

¹⁸⁵ Artículo 1439 CCI: «Dolo. Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato./ Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto à annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio».

¹⁸⁶ Artículo 1440 CCI: «Dolo incidente. Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni».

¹⁸⁷ CATAUDELLA (2019) nota 161, pp. 112-113. GANNUZI señala que la responsabilidad no es contractual, sino precontractual [(2019) p. 977; *vid.* desde p. 976].

¹⁸⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 220 (en la nota 6, en p. 220, para esos numerosos autores citan a Planiol y Ripert, Esmein, Ghestin). Según FABRE-MAGNAN, parte de la doctrina rehusa tratar de modo diferente al dolo principal y al incidental y cita al respecto a Flour/Aubert/Savaux y a Ghestin [(2012) p. 352 y nota 2 en p. 352; para Flour/Aubert/Savaux, la nota inmediatamente siguiente a esta]. FABRE-MAGNAN observa que no siempre puede asirse la distinción entre dolo principal e incidental. Entre el engaño, sin el cual es de toda evidencia que el demandante no hubiera concluido el contrato, y el engaño mínimo, que sin duda en nada hubiera cambiado su decisión, hay toda una serie de situaciones intermedias en las que es difícil analizar los entresijos de la psicología del contratante y determinar, con certidumbre, si finalmente habría o no contratado (p. 352). Como no partidarios de la distinción entre el dolo principal y el incidental, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI mencionan a Flour/Aubert/Savaux, Ghestin, Marty y Raynaud [(2017) en nota 455 en p. 189].

Para BÉNABENT, la noción de dolo incidental apenas merece retenerse: o el consentimiento se encuentra viciado, o se habría dado igualmente; se concibe mal un «semi» vicio del consentimiento [(2010) 89, p. 72].

que el dolo fue *determinante*, basta comprobar que, sin él, el contrato no se habría concluido en los términos en que fue hecho¹⁸⁹.

[A] Flour/Aubert/Savaux indican que la S 22.06.2005 de la *Cour de Cassation*, tercera *chambre civile*, marca una reserva sobre la noción de dolo incidental.

En concreto, el recurrente expresamente reprochaba a los *juges du fond* que hubieran *anulado por reticencia dolosa* la promesa de venta de un inmueble de gran altura, *justificándolo en que hubo un dolo incidental, debiendo haberlo justificado en que hubo un dolo principal*. La *Cour de Cassation* rechaza el recurso, por entender que la *Cour d'appel* había soberanamente apreciado que los *elementos disimulados por el vendedor habían sido determinantes para el comprador, quien en todo caso habría adquirido a un menor precio si hubiera conocido la situación real*, y la *Cour d'appel* había precisamente deducido que las reticencias dolosas del vendedor entrañaban *la nulidad de la venta*. Del fallo se deduce, claramente, *que el dolo había sido determinante del contrato y sin él, no se hubiera concluido, o no se hubiera concluido en las mismas condiciones, siendo ello suficiente para fundamentar la nulidad del contrato*. Lo anterior, entienden Flour/Aubert/Savaux, *condena claramente la opinión según la cual el «dolo incidental» no puede dar lugar más que a la reparación de los daños y perjuicios*¹⁹⁰.

[B] Sobre la distinción entre el dolo principal y el incidental y la jurisprudencia, Malinvaud/Fenouillet/Mekki informan que, salvo raras excepciones (así, en «*Cass. 1^{re} civ., 22 déc. 1954*»), la jurisprudencia no ha tenido en cuenta las críticas hechas a la distinción entre el dolo principal y el incidental y consagrando la noción de dolo incidental, sigue afirmando que el dolo, sin el cual se habría contratado en otras condiciones, no puede justificar la nulidad del contrato, sino la concesión de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, reconocen que lo anterior lo ha cuestionado la «*S Cass. 3^e civ., 22 juin 2005*», que parece divergir de otras *chambres*. Añaden, en apoyo de la anterior jurisprudencia, que se observa que la admisión del dolo incidental es la consecuencia natural e ineluctable del dolo sobre el valor: el contratante engañado estaba dispuesto a comprar o a vender y su vicio del consentimiento recaía sobre el precio, con lo que basta con rectificar el precio mediante la indemnización de los daños y perjuicios para que el contrato sea perfecto. Por otro lado, la víctima frecuentemente demanda la reducción del precio y no la anulación de la venta¹⁹¹.

¹⁸⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, pp. 220-221.

Ahora bien, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI apuntan que la opinión que entiende que el dolo incidental no permite la anulación del contrato, sino que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios *conserva sus partidarios* [(2017) 209, p. 189]; y según MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, aunque criticada por algunos autores contemporáneos la distinción entre el dolo principal y el incidental, la misma *se impone* [(2015) 512, p. 262].

¹⁹⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221. Reproduce parte de la S «*Civ. 3^e, 22 juin 2005*», FABRE-MAGNAN (2012) nota 3 en p. 352.

¹⁹¹ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, pp. 189-190, y notas 458 y 460.

[27] El antes referido y requerido carácter determinante del dolo *debe apreciarse in concreto*: el juez fija dicho carácter, considerando *el comportamiento y la personalidad de las partes implicadas*, y es de apreciación soberana por los *juges de fond*¹⁹².

[28] La exigencia del carácter *determinante del dolo* (cumpliéndose los demás requisitos legales) permite a su víctima que se *anule el contrato por un error sobre el valor de la cosa* –pero para el *mero silencio*, recuérdense las expuestas doctrinas de *Baldus* y de *Vilgrain*; al respecto *supra* [22] y [23]– y también le permite que se *anule el contrato por un error sobre los motivos determinantes extraños a las cualidades de la cosa, o de la persona*, errores estos que, si hubieran sido espontáneos (a los cuales se aplica el art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89) no lo habrían permitido¹⁹³. Asimismo, el *dolo*, que da lugar a que su víctima

¹⁹² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222; añaden que la *Cour de Cassation*, a veces, exige que el juez expresamente constate que, sin las maniobras, no se habría contratado. Lo mismo MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 190.

¹⁹³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, pp. 222-223; en la nota 8 de la p. 222 ilustran así: un funcionario compra una vivienda en una ciudad, *creyendo él*, falsamente, que iba a ser destinado allí: el acto es válido; y si lo compra, *porque se le ha hecho creer mediante artificios*, que iba a ser destinado allí: el acto es nulo, cumpliéndose los demás requisitos del dolo (para estos autores, además, lo que indico en el segundo párrafo de esta misma nota). MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI también señalan que el error *sobre el valor o sobre los motivos individuales determinantes* no son causa de nulidad si son espontáneos, y *si son causa de nulidad, si tales errores son provocados por dolo* (se sanciona la culpa del autor del dolo) [(2017) 201, p. 180]; apuntan, además, que el *dolo* debe recaer *sobre un elemento que haya sido, efectivamente, determinante*, es decir, «sobre la sustancia, o sobre el valor, o sobre un motivo individual determinante» [(2017) 209, pp. 190-191]. Y similares ideas se leen en MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK –«[...] por ejemplo, el error sobre el valor o sobre los motivos determinantes que no recaen sobre las cualidades sustanciales de la cosa o de la persona son causa de nulidad, desde que hay dolo. Pero es necesario que las maniobras hayan provocado un error»; (2015) 511, p. 261]–, en FABRE-MAGNAN –«[...] el error provocado por dolo no ha de ser un error sobre las cualidades sustanciales en el sentido del artículo 1110 CCF, sino que puede ser un error indiferente al texto del artículo 1110 CCF, en particular un simple error sobre el valor, sobre el móvil, o incluso un error sobre la persona en un contrato no concluido *intuitu personae*. Cuando tales errores han sido causados por dolo, la anulación del contrato puede solicitarse con fundamento en el artículo 1116 CCF [...]»; (2012), pp. 349-350– y en BÉNABENT –«el dolo puede, pues, recaer sobre no importa qué elemento del contrato –en particular sobre el valor o los motivos, elementos que no se toman en consideración desde el punto de vista del error»; (2010) 88-1, p. 72–.

Sobre el error en los motivos determinantes y extraños a las cualidades de la cosa o en la persona, a propósito del error vicio del artículo 1110 CCF: «Para el error sobre el motivo, Flour/Aubert/Savaux, con apoyo en el artículo 1110 *Code v.a.*, diferencian lo siguiente. Uno, el error sobre el motivo determinante *que recae sobre las cualidades del objeto o de la persona*; por ejemplo, la compra, por el comprador, de una casa *para habitarla*, casa a punto de destruirse por insalubridad –su error sobre el motivo determinante consiste en que la cosa es impropia para el uso al que le interesaba destinarla; *hay error sobre la sustancia*–. El otro, el error sobre el motivo determinante *extraño* a las cualidades del objeto o de la persona y que permanece *exterior* a los elementos constitutivos del contrato; por ejemplo el funcionario espera próximamente ser destinado a una ciudad y por ello compra una casa *para habitarla*; si resulta que ello no sucede, el error sobre su motivo determinante *no es sobre las cualidades de la cosa, y el contrato es válido. Pero* la ausencia de satisfacción de un motivo determinante *exterior puede* entrañar la nulidad del

sufra un error sobre una cualidad *no sustancial* de la cosa, le permitirá instar la anulación del contrato, lo que no le permitiría el error vicio (art. 1110.I CCF)¹⁹⁴.

En suma, el campo operativo del dolo (art. 1116 CCF) es más amplio que el del error vicio (art. 1110 CCF). El dolo, que es un error provocado, cubre errores que el artículo 1110 CCF no alcanza. La existencia del dolo, como vicio del consentimiento independiente al del error del artículo 1110 CCF, está justificada en el Derecho francés.

[29] De la exigencia del carácter *determinante* del dolo se deriva que el dolo deba necesariamente ser anterior a la conclusión del contrato, o al menos, coétaneo al mismo¹⁹⁵.

2.2.5 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE. EL DOLO RECÍPROCO

[30] Para que el dolo permita *anular* el contrato, *ha de llevarlo a cabo uno de los contratantes* (art. 1116.I CCF)¹⁹⁶. El dolo debe

contrato, *si hay una estipulación expresa que produce su entrada en el campo contractual, erigiéndose en condición*. El error sobre el motivo también entraña la nulidad del contrato si fue fruto de un *dolo* [cursiva del original; FENOY PICÓN, ADC (2017) [282] pp. 739-740].

Para el error sobre el valor de la prestación y el artículo 1110 CCF, *supra* [22] y nota 152.

¹⁹⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 223.

Para que el error vicio permita la anulación del contrato, el artículo 1110.I CCF exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa y, «[s]obre la fórmula “*lorsque’elle* [el error] *tombe sur la substance même de la chose*” (art. 1110.I *Code v.a.*), FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan que puede interpretarse de dos formas. Una *objetiva*, en que la *sustancia* designa la *materia* de la que se compone la cosa. Y otra *subjetiva*, que designa la *cualidad sustancial*; *es decir, la cualidad de la cosa que las partes han tenido principalmente en cuenta* (Pothier); y “*plus précisément, on dira: c’est la qualité qui a déterminé le consentement de l’une des parties, de telle sorte que celle-ci ne serait pas engagée si elle avait su que cette qualité n’existait pas*” (cursiva del original). Los autores afirman, que la “*substance*” *debe entenderse en sentido subjetivo*, lo que es conforme con la intención de los codificadores y con la jurisprudencia. Lo anterior implica la *imposibilidad de establecer una lista cerrada de anulaciones*, concibiendo la jurisprudencia la noción de cualidad sustancial *de forma muy amplia*./ A su vez, esa interpretación *subjetiva* de la sustancia del artículo 1110.I *Code v.a.* puede entenderse de dos modos. *Uno* busca la *cualidad que individualmente* determinó al *contratante que erró* –apreciación *in concreto*–; el *otro* busca la cualidad considerada como determinante *en la opinión común* –apreciación *in abstracto*–. FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan, *que el factor psicológico del error ordena acoger la apreciación in concreto*, y que la jurisprudencia acoge la misma, al menos implícitamente./ Puesto que el error recae sobre una cualidad sustancial, *poco importa* que el error recaiga *sobre la prestación recibida* (v.gr., la recibida por el comprador) o *sobre la prestación suministrada por el que erró* (v.gr., la entregada por el vendedor; asunto *Poussin*)» [cursiva del original; FENOY PICÓN, ADC (2017) [278] pp. 736-737].

¹⁹⁵ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 209, p. 190.

¹⁹⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 262; FABRE-MAGNAN (2012), p. 348; BÉNABENT (2010) 88, p. 71; GHESTIN (1993) 572, p. 548.

ser *de parte*. Según la *Cour de Cassation*, las maniobras deben *imputarse directamente al contratante*¹⁹⁷.

[31] *Si el dolo proceda de un tercero, el contrato no podrá anularse, aunque la víctima del dolo podrá obtener, de ese tercero, la oportuna indemnización de los daños y perjuicios*¹⁹⁸.

[32] Flour/Aubert/Savoux *critican* la regla de que el dolo de tercero no permita la anulación del contrato. Señalan que la misma *se remonta al Derecho romano y la consideran inexplicable desde el análisis psicológico* –esto es, desde la voluntad– ya que el dolo de tercero puede ejercer *la misma influencia determinante* sobre la voluntad de la víctima, que el dolo procedente del otro contratante¹⁹⁹. *Moralmente todo se aclara*: la nulidad se considera la reparación de un perjuicio causado por una *culpa*, que *no* ha de soportar el contratante *inocente* (el que contrató con la víctima del dolo); *la pena debe ser personal (para el tercero)*²⁰⁰.

Dichas ideas –*no explicación* de la regla del dolo de tercero, analizada desde el consentimiento de la víctima, y *su explicación* por la concepción romana del dolo como un delito– pueden fácilmente encontrarse en otros autores²⁰¹.

[33] Sentado lo anterior, *¿cuándo el dolo es de tercero? ¿Cuándo no lo es y hay dolo de parte?*

*En los contratos onerosos, en donde centro mi trabajo*²⁰², *se admite su anulación, si hay complicidad* entre el autor de la manio-

¹⁹⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223.

¹⁹⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191; BÉNABENT (2010) 88, p. 72.

¹⁹⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 223.

²⁰⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, pp. 223-224.

²⁰¹ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 262. MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191. *Vid.* también RIPERT (1949), pp. 87-88.

²⁰² *Más allá de los contratos*, la expuesta regla del dolo de tercero no se aplica a los *actos jurídicos unilaterales*, al no existir el otro contratante [FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 224; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191 (por ejemplo, la renuncia a la sucesión (o repudiación de la herencia)]; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 262 [ponen el mismo ejemplo de la renuncia a la sucesión (o repudiación de la herencia)]; FABRE-MAGNAN (2012), p. 348; GHESTIN (1993) 573, p. 550].

Para las liberalidades, el artículo 901 (*Loi n.º 2006-728, 23 juin 2006*) dispone: «Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. *La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence*» (cursiva mía). Así pues, la regla del dolo de tercero no se aplica a las liberalidades [MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; GHESTIN (1993) 573, pp. 550-551]. El *vigente* artículo 893 CCF (*L. n.º 2006-728 du 23 juin 2006*) explica qué es una liberalidad: «La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne./ Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament». Según el *derogado* artículo 893 CCF: «On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou part testament, dans les formes ci-après établies». En relación con la donación, el artículo 894 CCF indica: «La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépossède actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire que l'accepte».

bra (el tercero) y el contratante que de ello se beneficia; también cabe la anulación, si el primero (el tercero, autor de la maniobra) es *representante* del segundo (del contratante, no víctima del dolo)²⁰³. Situándose en el ámbito de las *garantías y para el garante (fiador)*, *víctima del dolo del deudor principal y este último tercero frente al garante y el banco* (acreedor principal), Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan que *se cuestiona* si no habría de admitirse que el dolo del deudor principal pueda permitir al garante la anulación del contrato de garantía, y al respecto señalan que la jurisprudencia se ha pronunciado *en contra de ello, aunque* también indican que la sentencia de la «Cass. com., 13 nov. 2002» puede interpretarse *a favor de la evolución*²⁰⁴. Por último, el dolo de tercero es causa de nulidad del contrato, si dicho tercero está *directamente* interesado en el contrato, *dentro de un grupo de contratos*²⁰⁵.

[A] Destacan Malinvaud/Fenouillet/Mekki, que el Derecho francés *contrasta* con los Principios UNIDROIT y con los PECL, en donde se admite que puede *anularse* el contrato no solo si hubo dolo de tercero que es un representante, o dolo de tercero «que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la otra parte», sino que puede también haber lugar a la anulación del contrato por el dolo de otra persona *con la que el otro contratante no tiene vinculación, si ese otro contratante «ha, o habría debido conocer, los pertinentes hechos»*. En su opinión, *dado que quien contrata con la víctima del dolo se aprovecha del dolo de ese tercero, podría haberse admitido, en el Derecho francés, como un dolo a sancionar*²⁰⁶.

²⁰³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 224 (en cambio, la nulidad se descarta si la declaración mentirosa la conoció el representante *del contratante víctima del dolo*); MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; FABRE-MAGNAN (2012), p. 348; BÉNABENT (2010) 88, p. 71; GHESTIN (1993) 573, pp. 549-550.

²⁰⁴ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 191 y nota 470 (como jurisprudencia contraria a la citada en el cuerpo del texto de «Cass. com., 13 nov. 2002», los autores mencionan las sentencias de «Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1973 [...]– Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 1977 [...]– Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1978 [...]– Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989 [...]»). MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, pp. 262-263 y nota 68 [estos autores señalan, además, que es habitual que el garante ejerza importantes funciones en la empresa garantizada (deudor principal); el deudor principal no es, de hecho, un verdadero tercero en las relaciones entre el garante y el acreedor]. *Vid.* también BÉNABENT (2010) 88, p. 71. Por su parte, GHESTIN, en 1993, apuntaba que el dolo del deudor principal no tenía efectos sobre la validez de la garantía, pero, dicha solución era, cada vez, más criticada, teniendo en cuenta que el contrato de garantía pone en relación a tres personas; no obstante, GHESTIN igualmente informa que otros autores aprobaban la primera solución, la de la no impugnación, destacando el carácter de pena privada que la sanción del dolo tiene [(1993) 572, p. 549; 573, p. 551].

²⁰⁵ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; por ejemplo, un arrendamiento financiero, en donde quien suministra el material arrendado por el cliente no es tercero en la relación contractual (nota 70 en p. 263).

²⁰⁶ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 192 y nota 474; con ciertos matices, GHESTIN (1993) 572, pp. 548-549.

[B] En cuanto a los aludidos Principios UNIDROIT, el artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT, en su versión de 2016, dispone:

«(Terceros)

(1) *Cuando el dolo*, la intimidación, [la] excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) *Cuando el dolo*, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer *el dolo*, la intimidación o [la] excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato» (cursiva mía)²⁰⁷.

Y en cuanto a los también aludidos PECL, su artículo 4:111 prescribe:

«Third Persons

(1) Where a third person for whose acts a party is responsible, or who with a party's assent is involved in the making of a contract:

(a) causes a mistake by giving information, or knows of or ought to have known of a mistake.

(b) gives incorrect information.

(c) *commits fraud*,

(d) makes a threat, or

(e) takes excessive benefit or unfair advantage,

²⁰⁷ Versión oficial española de las *black-letter* de la página web de UNIDROIT.

En el Comentario oficial del artículo 3.2.8 Principios UNIDROIT 2016 se apunta que el precepto «trata de situaciones, frecuentes en la práctica, en las que un tercero se ha involucrado o ha interferido en el proceso de la negociación, y el fundamento de la anulación es de una u otra forma imputable a ese tercero» [«Artículo 3.2.8» (2016), p. 112].

Sobre el «[t]ercero del que una parte es responsable» del artículo 3.2.8 (1) Principios UNIDROIT 2016, en el Comentario 1 se explica que «una parte responde de los actos de un tercero en una variedad de situaciones que van desde aquellas en las que el tercero es un agente de la parte en cuestión, a aquellas otras en las que el tercero actúa en beneficio de la parte en cuestión por su propia iniciativa. En todos esos casos, parece justificado imputar a la parte en cuestión el acto del tercero, o su conocimiento, efectivo o malicioso, de algunas circunstancias, y esto independientemente de que la parte en cuestión supiera del acto del tercero» (p. 112).

Sobre el «tercero del que una parte no es responsable» del artículo 3.2.8 (2) Principios UNIDROIT 2016, en el Comentario 2 se explica que *la otra parte solo responde del dolo de dicho tercero, si lo conocía o debía conocerlo, con la excepción de que la víctima del dolo puede anular el contrato, incluso si la otra parte desconoce los actos del tercero, si esta otra parte no ha razonablemente actuado confiando en el contrato, antes de que se anulase; la justificación de la excepción reside en que la otra parte no precisa protección* (p. 112).

remedies under this Chapter [el 4] will be available under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where any other third person:

- (a) gives incorrect information.
- (b) *commits fraud*,
- (c) makes a threat, or
- (d) takes excessive benefit or unfair advantage,

remedies under this Chapter [el 4] will be available if the party knew or ought to have known of the relevant facts, or at the time of avoidance it has not acted in reliance on the contract» (cursiva mía)²⁰⁸.

²⁰⁸ En relación con el artículo 4:111 (1) PECL, en el *Comment A* («*Responsibility for Agents, Employees and Others*») se explica que bajo los PECL, en general se considera a una parte responsable no solo de las acciones de sus empleados, sino también de las de aquellos otros que participan en la formación del contrato, o en quienes se delega el cumplimiento. Y de acuerdo con el artículo. 1:305 PECL: «If any person who with a party's assent was involved in making a contract, or who was entrusted with performance by a party or performed with its assent:/ (a) knew or foresaw a fact, or ought to have known or foreseen it; or/ (b) acted intentionally or with gross negligence, or not in accordance with good faith and fair dealing./ this knowledge, foresight or behaviour is imputed to the party itself». Lo anterior se aplica al comportamiento o al conocimiento *que podrían invalidar un contrato y otras cosas. Lo habitual es que el tercero actúe en representación del contratante contra el que se ejercita el remedio, pero ello no es necesario si el tercero se involucró con el consentimiento de dicho contratante; no es necesario probar que el tercero actuaba para el contratante. En la *Illustration 1* se lee: A, suministrador de bienes, mantiene una negociación informal con un comprador; otro cliente está presente y con el consentimiento del suministrador se une a la discusión y sin que lo oiga el suministrador, el otro cliente da al comprador una información incorrecta; el comprador dispone del remedio del artículo 4:103 PECL (que regula el error) o del remedio del artículo 4:107 PECL (que regula el dolo) como si la información la hubiese facilitado el suministrador, sin tener que probar que el otro cliente actuaba en representación del suministrador. [THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, «Artículo 4:111» (2000), p. 272].*

Sobre el artículo 4:111 (2) *primer supuesto* PECL («*Remedies Where Fraud, etc. by a Third Person for Whom Party Is Not Responsible*»), en el *Comment B* se indica que una parte *no ha de asumir* las consecuencias de un comportamiento inapropiado o negligente de un tercero *del que no es responsable y que no encaje en algunas de las categorías indicadas en el (anterior) Comment A*. No obstante, *no debe permitirse el cumplimiento de un contrato en el que la parte sabe, o debería saber, que solo se celebró por los indicados comportamientos del tercero, pues, si dicha parte se hubiera comportado del mismo modo que el tercero, la otra parte del contrato dispondría de un remedio del Capítulo 4 de los PECL (capítulo que trata de la validez del contrato)*. En la *Illustration 2* se expone: un banco presta dinero para el negocio del marido, con una carga sobre la vivienda familiar firmada por la esposa; la carga va en contra de los intereses de la esposa y el marido obtuvo su firma por intimidación (*duress*); el banco debería saber que es poco probable que la esposa firmara voluntariamente y no puede ejecutar la carga; el banco debía haber investigado para asegurarse que la mujer actuaba libremente. En cuanto al artículo 4:111 *segundo supuesto* (2) PECL, en el *Comment D* se explica que también parece justo permitir a una parte, que ha celebrado un contrato por causa del dolo de un tercero, anular el contrato, incluso si la otra parte contratante no conoce o no tenía razón para conocer dicha circunstancia, con tal de que la parte que pretenda anular el contrato pueda probar que la otra parte todavía no ha actuado confiando en el contrato (en su validez), ello incluso habiendo dejado pasar otras oportunidades. (pp. 272-273).

Infra [62] y en [C]-[G], expongo cómo se regula el dolo de tercero en Derechos distintos del francés (así, Derechos alemán, de los Países Bajos, italiano, portugués, suizo). Y en [63] y [A.1] y en oportunas notas a pie de página aludo al dolo de tercero en el Derecho argentino y en otros Derechos latinoamericanos (Derechos brasileño, colombiano, chileno, paraguayo, peruano, uruguayo, venezolano).

Por último, en el Derecho francés suele apuntarse que, *si la víctima del dolo de tercero reuniera los requisitos del error vicio del artículo 1110 CCF* (que transcribía *supra* nota 89), *aquella podría anular el contrato por error en la substancia*²⁰⁹.

[34] El artículo 1116 CCF no regula *qué sucede si ambos contratantes emplearon dolo para la conclusión del contrato* (el llamado *dolo recíproco*). El contrato así celebrado *¿es válido y no puede, por dicha razón, anularse? O ¿cualquiera de los contratantes podría anularlo?*

En la doctrina, Fabre-Magnan, que recuerda que en el dolo se sanciona el engaño realizado por uno de los contratantes, se ocupa del anterior supuesto e ilustra con el ejemplo de un comprador que acepta deliberadamente comprar unas estatuillas a un precio excesivamente elevado –pues se le hizo una maniobra para equivocarle– y dicho comprador hizo la compra porque pensaba encontrar a un ingenúo que le compraría todavía más caro²¹⁰. Según la *Cour de Cassation* (S «Civ. 1^{re}, 22 juin 2004»), «el principio según el cual nadie puede prevalerse de su propia torpeza» (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*) *no se aplica aquí y el contratante puede obtener la nulidad del contrato*²¹¹, *si demuestra que fue víctima de maniobras dolosas*, importando poco «que el interesado haya tratado, creyendo realizar un provecho sustancial no justificado»²¹².

En el ámbito del *Derecho comparado*, en el *Derecho portugués*, el artículo 254.1 *in fine* CCP dispone que no se excluye la anulabilidad por el hecho de que el dolo sea bilateral²¹³.

²⁰⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 215, p. 224; MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 192; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 513, p. 263; BÉNABENT (2010) 88, pp. 71-72.

²¹⁰ FABRE-MAGNAN (2012), p. 354; se pregunta, *qué sucede si la víctima del dolo es un «cazador cazado»* («arroseur arrosé»), es decir, que ella misma es de dudosa honestidad (*in pari causa turpitudinis*, en el mismo estado de torpeza).

²¹¹ FABRE-MAGNAN: «Se dice, en efecto, que el adagio no puede impedir una acción de nulidad, sino solamente paralizar eventualmente las restituciones» [(2012) nota 1 en p. 354].

²¹² FABRE-MAGNAN (2012), p. 354; la cita es de «Civ., 1^{re}, 22 juin 2004» (nota 2 en p. 354).

²¹³ Artículo 254 CCP: «Efeitos do dolo/ 1. O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração; a anulabilidade nao é excluída pelo facto de o dolo ser bilateral./ [...]» (cursiva mía).

En cuanto al *Derecho italiano*, el *Codice civile* nada prescribe para el dolo recíproco, informando Cataudella que se ha dudado de que pueda alegarse el dolo cuando hubo dolo recíproco. En contra de que pueda alegarse, se argumenta la compensabilidad entre dolos, pero Cataudella apunta que la compensación puede tener lugar entre obligaciones de resarcimiento y no entre vicios del contrato²¹⁴.

2.2.6 LA PRUEBA DEL DOLO

[35] De conformidad con el artículo 1116.II CCF, *el dolo no se presume y debe probarse*. Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan que ello *solo* significa que la carga de la prueba recae sobre *quien pretenda ser considerado engañado* y por tratarse de la prueba de un *hecho*, el dolo puede probarse *por todo medio*, incluido el de presunciones²¹⁵. *En cambio*, para la reticencia dolosa, cuando uno de los contratantes asume una obligación de informar, como en el caso del vendedor profesional, a él le corresponde probar que cumplió dicha obligación, así que la reticencia dolosa se encuentra presumida («Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002») ²¹⁶.

²¹⁴ CATAUDELLA (2019), pp. 113-114.

²¹⁵ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 211, p. 192; BÉNABENT (2010) 89-1, p. 72. Comparando con el error vicio, FABRE-MAGNAN señala que, en general, se estima que la prueba del engaño es más fácil, que la de un error sobre las cualidades esenciales, en la medida en que el engaño reposa más sobre elementos materiales objetivos [(2012), p. 341; *vid.* también p. 350].

²¹⁶ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 211, p. 192, y nota 475; BÉNABENT (2010) 89-1, p. 73 (en nota 159 cita «Civ. 1^{er}, 15 mai 2002»).

FLOUR/AUBERT/SAVAUX consideran *muy discutible* y *una simplificación* la jurisprudencia que, *para la reticencia dolosa*, no siempre exige la prueba de que se hizo *para engañar* al otro contratante. Señalan que, sin duda, la solución se afirma frente a los profesionales, considerando la obligación de contratar de buena fe y la obligación de informar, pero, dicha jurisprudencia conduce a establecer contra esos profesionales una presunción de su intención dolosa (esto es, la «mala fe» de quien no cumple sus obligaciones), presunción especialmente dura ya que esos mismos profesionales tienen la carga de probar que cumplieron con su obligación de información («Civ 1^{er}, 15 mai 2002»). Admiten que la prueba de la intención de engañar es difícil, sobre todo para el particular frente al profesional, pero, ello no autoriza a vaciar pura y simplemente todo debate sobre la existencia o no de la intención de engañar al otro contratante. Y la importante *S 28.06.2005* de la *Cour de Cassation de la chambre commerciale* vuelve a una solución más ortodoxa y juzga que, «establecido el incumplimiento de una obligación precontractual de información, no basta para caracterizar al dolo por reticencia, si no se añade la constatación del carácter intencional del incumplimiento y del error determinante provocado por ese incumplimiento», y rechaza que solo se haya invocado el incumplimiento del banco de su obligación de información, sin alegar que lo hubiera hecho conscientemente, con la intención de provocar en su cliente un error determinante de su consentimiento. FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan que esta última sentencia claramente restaura el dolo por reticencia en su aspecto de ilícito (delito) civil y lo diferencia, con nitidez, del mero incumplimiento de la obligación de información. El silencio sobre las informaciones que el otro contratante tenía interés en conocer no basta para provocar la nulidad del contrato por dolo, pues es necesario que dicho silencio fuera intencional, destinado a engañar al otro para incitarle a concluir un contrato que, de otro modo, no habría concluido. *En su opinión, sería deseable que todas*

2.2.7 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD), LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, Y LA RESTITUCIÓN DEL EXCESO DEL PRECIO PAGADO

[36] El dolo (principal) es causa de *nulidad* del contrato (art. 1116.I CCF). No se trata de la nulidad de pleno derecho (art. 1117 CCF), sino de la nulidad *relativa* o anulabilidad (terminología esta última más cercana al Derecho español y que normalmente he empleado en mi antecedente exposición del Derecho francés). La víctima del dolo dispone de *cinco años* para poder impugnar el contrato, computados *desde el descubrimiento del dolo* (art. 1304 CCF). Dichos cinco años se encuentran *limitados*, a su vez, por otro plazo de *veinte años*, contándose este último *desde el nacimiento del derecho* (art. 2232 CCF, derecho común de la prescripción).

Artículo 1117 CCF:

«La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans le cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre» (en la referida sección VII se encuentran los arts. 1304 a 1314 CCF).

Artículo 1304 CCF (*L. 18 févr. 1938; L. n.º 64-1230, 14 déc. 1964; L. n.º 68-5, 3 janv. 1968*):

«Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limité à moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. / [...].»

Artículo 2232 CCF (*Loi n.º 2008-561, 17 juni 2008*):

«Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.

las cámaras de la Cour de Cassation se ajustaren a la anterior regla. Además, destacan que se funciona de distinto modo cuando, no se trata de sancionar la reticencia dolosa con la nulidad del contrato, sino de sancionar el incumplimiento de la obligación información con la indemnización por daños y perjuicios fundamentándolo en la responsabilidad extracontractual de su autor (arts. 1382 y 1383 CCF) para lo que basta la culpa y no es necesario probar que se tuvo intención de engañar al otro contratante. Los autores entienden que, en la práctica, la anterior distinción puede dar lugar al riesgo de confusión en los demandantes, que no dominan tales sutilezas. [(2014) 213-2, pp. 218-220].

Le premier alinéa n'est pas applicable dans le cas mentionnés aux articles 2226, 2227, 2233 et 2236, au premier alinéa de l'article 2241 et à l'article 2244. Il ne s'applique pas non plus aux actions relatives à l'état des personnes».

[37] *Si la otra parte* (el autor del dolo) *actuó con culpa*, a la anulación del contrato, la víctima del dolo *podrá acumular el ejercicio de la acción de indemnización de los daños y perjuicios del artículo 1382 CCF*²¹⁷, precepto este que, antes de la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131*, trata, con carácter general, de la *responsabilidad extracontractual*²¹⁸.

Artículo 1382 CCF:

«Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

*La indemnización del daño supone restablecer, en la medida de lo posible, el equilibrio destruido por el daño y situar a la víctima, con cargo al responsable, en la situación en la que se encontraría si no se hubiera producido el acto dañoso*²¹⁹. Teniendo presente lo dispuesto para la responsabilidad contractual en el (entonces)

²¹⁷ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 201, p. 180; BÉNABENT (2010) 90, p. 73.

²¹⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX recuerdan, brevemente, la teoría de Ihering sobre la *culpa in contrahendo*, en la que se afirma la aplicación de la responsabilidad *contractual*, algo que aquéllos critican y apuntan que *en Francia*, la responsabilidad por *culpa in contrahendo* es de carácter *extracontractual*, fundada en el artículo 1382 CCF, y requiere la prueba de la culpa. Con las palabras de FLOUR/AUBERT/SAVAUX: «Ihering ha sostenido la célebre teoría de la *culpa in contrahendo*, según la cual la responsabilidad de quien ha provocado la anulación tiene naturaleza *contractual*. Cuando dos personas concluyen un contrato, cada una implícitamente se compromete a no causar, por este hecho, ningún perjuicio a la otra. La parte que ulteriormente invoca la nulidad viola ese compromiso. Por tanto, ella es responsable sin necesidad de probar su culpa; al contrario, para exonerarse, ha de probar que no la ha cometido: es decir, que no estaba en situación de conocer la causa de nulidad cuando la celebración del contrato. Este análisis es doblemente discutible. El pretendido compromiso de no causar perjuicio es imaginario. Si fuera real, permanece ineficaz, como si la misma causa de nulidad mancha el contrato en el cual se inserta y por ello, es accesorio. Es un círculo vicioso./ Así la teoría clásica en Francia, a la que se ha regresado después de la de Ihering, habiendo obtenido éxito, es más restrictiva. La responsabilidad es *delictual*; como tal, dicha responsabilidad no se arriesga, en aplicación del principio general del artículo 1382 [CCF], más que *a la aportación de la prueba de la culpa*»; «[...]», para aquel contra el que se ejercita la acción de nulidad, su responsabilidad puede comprometerse cada vez que el origen de la nulidad resida en una causa fruto de una culpa del demandado, lo cual sucede con el autor del dolo y de la violencia, en particular» [cursiva del original; (2014) 373, p. 392].

MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI también precisan que se trata de la responsabilidad delictual y no de la contractual, pues la culpa tiene lugar, por definición, *antes* de que se haya celebrado el contrato, y no es una infracción de una obligación que resulte del contrato [(2017) nota 400 en p. 180]. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK apuntan asimismo a la responsabilidad delictual [(2015) 512, p. 262] y lo mismo FABRE-MAGNAN [(2012), p. 353], y BÉNABENT [(2010) 90, p. 73; aunque haya contrato, la responsabilidad es de naturaleza delictual y no contractual, pues la culpa, fuente de la responsabilidad, es anterior al contrato].

²¹⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 374, p. 393.

vigente artículo 1149 CCF, en lo que ahora trato, bajo el concepto de *pérdida sufrida*, la víctima podrá exigir *los gastos sufridos por la celebración del contrato* –gastos de estudios, de desplazamiento, etc.– y bajo el concepto de *ganancia dejada de obtener*, la indemnización *de la pérdida de la oportunidad del beneficio de un contrato válido que aquélla hubiera celebrado, si no se hubiera vinculado al contrato nulo por culpa de su contratante*²²⁰.

[38] Ahora bien, la víctima del dolo puede preferir *no impugnar el contrato y exigir solo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos*, no pudiendo el juez rechazar tal petición²²¹. Aquí –mantenimiento del contrato y petición de indemnización de daños y perjuicios– *no se distingue entre el dolo principal y el incidental*²²². Pero, advierten Flour/Aubert/Savaux, debe tenerse presente *cómo se fundamenta la demanda*. Si la víctima del dolo reclama *con base en el dolo*, deben cumplirse sus condiciones, y *la culpa cometida por el autor del dolo ha de ser intencional y determinante*²²³. Si la víctima del dolo reclama *con base en la responsabilidad extracontractual del artículo 1382 CCF, basta para la misma cualquier culpa*, como el incumplimiento *no intencional* de la obligación de información²²⁴.

La *determinación de los daños y perjuicios de quien no impugna el contrato por dolo plantea dificultades* (¿cuál es el perjuicio?)²²⁵. En una importante sentencia de la *chambre commerciale* (S 10.07.2012), se consideró que los daños *no pueden consistir en la pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato más ventajoso con un tercero, sino solo en la pérdida de la oportunidad de haber podido contratar en condiciones más ventajosas con el*

²²⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 374, p. 393. Artículo 1149 CCF: «Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après».

²²¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221. También: MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 201, p. 180; MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2015) 512, p. 262; FABRE-MAGNAN (2012), p. 353; BÉNABENT (2010) 90, p. 73 (destaca que la responsabilidad sigue siendo de naturaleza delictual y no contractual, pues la culpa, fuente de tal responsabilidad, es anterior al contrato; *vid. supra* nota 218 *in fine*).

²²² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221; para el dolo incidental, 213-2, pp. 219-220.

²²³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221.

²²⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 221; entienden que la apuntada distinción sobre si la demanda se basa en el dolo o se basa en la responsabilidad extracontractual está jurídicamente fundamentada; siendo el dolo un delito (ilícito) civil, es un delito (ilícito) particular, y desde que lo invoca el demandante, deberá demostrar que existe, que se reúnen sus específicos requisitos (214, pp. 221-222; *vid. además supra* nota 216).

Según FABRE-MAGNAN, si los demandantes no solicitan la anulación del contrato y se contentan con la indemnización de los daños y perjuicios, basta que demuestren una culpa en el sentido del artículo 1382 CCF, una culpa objetiva, y no, propiamente hablando, un engaño [(2012) pp. 347-348; *vid. también* p. 353].

²²⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222.

*cocontratante*²²⁶. A priori, Flour/Aubert/Savaux consideran justificada dicha solución, no solo por ser lógica –la víctima del dolo no impugna el contrato, luego no habría contratado con un tercero si hubiera sabido la realidad– sino también porque permite suprimir las consecuencias dañosas del dolo –si la víctima del dolo hubiera sabido la verdad, habría contratado a un menor precio–²²⁷.

[39] Por último, la jurisprudencia admite que la víctima del dolo pueda limitarse a pedir *la restitución del exceso del precio pagado*²²⁸.

3. EL DOLO TRAS LAS REFORMAS DEL CODE CIVIL MEDIANTE LA ORDONNANCE N.º 2016-131 Y LA LOI N.º 2018-287

[40] Para facilitar la (subyacente) comparación entre la regulación originaria del dolo del *Code civil* que he desarrollado *supra* en [13]-[39] y la que ahora paso a exponer en [41]-[67] sigo, mayormente, el mismo orden de exposición que me tracé. Por consiguiente, primero presento los artículos que regulan el dolo y el artículo que regula el deber general de información. Después, inicio el análisis del dolo.

3.1 La presentación de la regulación del dolo y del deber general de información

[41] Actualmente, el *Code civil* regula los vicios del consentimiento –error, dolo y violencia– en los artículos 1130 a 1144. Algunos de esos artículos poseen un carácter común, en el sentido de que se aplican a todos los vicios del consentimiento y de ahí su aplicación al dolo. Los artículos 1130, 1131 y 1144 CCF poseen tal condición. Otros, en cambio, son artículos específicamente aplicables a un concreto vicio del consentimiento. Del dolo se ocupan los artículos 1137, 1138 y 1139 CCF²²⁹. En cuanto a las liberalida-

²²⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222. Según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, la cuestión del perjuicio indemnizable es delicada: la jurisprudencia, primero, rehusó indemnizar la pérdida de la posibilidad de obtener los beneficios esperados, y después limitó la indemnización a la sola pérdida de la posibilidad de contratar en condiciones más beneficiosas, antes que admitir la reparación de la pérdida de la posibilidad de no contratar [(2017) 201, pp. 180-181].

²²⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222.

²²⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 214, p. 222; *vid.* además la nota 3 en dicha p. 222. Según MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, la víctima del dolo puede pedir «la reducción del precio» [(2017) 201, p. 180].

²²⁹ Hasta llegar a la *Ordonnance n.º 2016-131*, en el Derecho francés hubo diversos Anteproyectos, Propuestas y Proyecto de *Ordonnance*. Por ejemplo, el *Avant-Projet de*

des, hay que tener en cuenta el artículo 901 CCF, que transcribí *supra* nota 202²³⁰.

Debo advertir para el artículo 1137 CCF (que regula el *elemento material* del dolo: las maniobra, mentira y reticencia) que el artículo 5 *Loi n.º 2018-287* le añadió *un tercer párrafo*. Con dicho párrafo se daba expresa solución a la controversia planteada *tras la Ordonnance n.º 2016-131* acerca de si la jurisprudencia *Baldus* (sobre ella *supra* [22]) estaba o no vigente y *la solución fue que lo estaba. Ahora bien*, puesto que dicho párrafo tercero es una *regla de fondo*, la misma se aplica *desde el 01.10.2018* (sobre ello *supra* [10]-[11]). En consecuencia, hay que tener presente si el contrato se celebró entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018, o entre el 01.10.2018 y en adelante.

A excepción del tercer párrafo del artículo 1137 CCF, el resto de los preceptos aplicables al dolo, esto es, los artículos 1137, I y II, 1138 y 1139 CCF, no fueron modificados por la *Loi n.º 2018-287* –ni en el fondo, ni en su interpretación– y *para facilitar mi siguiente exposición, no diferencio el periodo que va desde el 01.10.2016 hasta el 30.09.2018, del que va desde el 01.10.2018 y en adelante. La excepción solo la haré cuando analice dicho tercer párrafo del artículo 1137 CCF (infra [50]-[53])*.

Artículo 1130 CCF:

«L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

réforme du Droit des obligations et du Droit de la prescription de 22.05.2005 (AP Catala), Propositions de réforme du Droit des contrats de la Académie des Sciences morales et politiques de diciembre de 2008 (P Terré) y el Proyecto de Ordonnance de la Chancellerie de 2015 (P Ordonnance 2015). Son textos jurídicos importantes, que permiten seguir una cuestión dada desde su inicio hasta su final cristalización en la *Ordonnance n.º 2016-131*, permitiendo comprender lo que se quiso disponer. Para mayor información sobre dichos textos, FENOY PICÓN, ADC (2017) nota 32 en p. 495.

Al explicar algunas de las cuestiones sobre el dolo en este apartado 3 del trabajo, manejo algunos de esos antecedentes. Por ello y por su intrínseco interés, *infra* en las notas 231 a 237 reproduzco los artículos que de dichos textos son equivalentes a los de la *Ordonnance n.º 2016-131* [a los arts. 1130, 1131, 1137, 1138, 1139, 1144 CCF]. Hago lo mismo, adelanto, con el artículo 1112-1 CCF que regula la obligación (deber) general de información en *infra* nota 238.

²³⁰ Por otro lado, he de destacar que los artículos que regulan los vicios del consentimiento se aplican no solo a los contratos, sino a los *actos jurídicos*. Según el artículo 1100-1 CCF: «Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux./ Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats» (cursiva mía). El artículo 1100 CCF indica las fuentes de las obligaciones: «Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi./ Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui».

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné»²³¹.

Artículo 1131 CCF:

«Les vices du consentement son une cause de nullité relative du contrat»²³².

Artículo 1137 CCF:

«Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de

²³¹ En relación con el artículo 1130 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1111 *AP Catala*: «Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par dolo ou extorqué par violence». Artículo 1111-1 *AP Catala*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes».

b) Artículo 35 *P Terré*: «Il n'y a pas de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été surpris par dolo ou extorqué par violence». Artículo 36 *P Terré*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes./ Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances».

c) Artículo 1130 *P Ordonnance 2015*: «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes./ Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce».

²³² En relación con el artículo 1131 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1115 *AP Catala*: «La convention contractée par erreur, dolo ou violence donne ouverture à une action en nullité relative./ Indépendamment de l'annulation du contrat, la violence, le dol ou l'erreur qui cause à l'une des parties un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer./ Les actions fondées sur un vice du consentement procèdent d'une seule et même cause qui les rend fongibles».

b) Artículo 50 *P Terré*: «Le vice du consentement ouvre à la victime le droit de demander la nullité du contrat./ Indépendamment de l'annulation du contrat, la victime peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité délictuelle».

c) CHANTEPIE/LATINA informan que en el *P Ordonnance 2015* se disponía la nulidad relativa *para cada vicio del consentimiento*, en vez de ordenarlo en un único artículo para todos los vicios del consentimiento como prescribe el artículo 1131 CCF [«Artículo 1131» (2016), p. 243 y nota 5].

Artículo 1132 *P Ordonnance 2015*: «[...]/. L'erreur est une cause de nullité relative, qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie./ [...]»; Artículo 1138 *P Ordonnance 2015*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat»; Artículo 1141 *P Ordonnance 2015*: «La violence est une cause de nullité relative, qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers».

la prestation» (esto, que resalto en cursiva, es ese párrafo tercero añadido por el art. 5 *Loi n.º 2018-287*²³³)²³⁴.

Artículo 1138 CCF:

«Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou portefort du contractant.

Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence»²³⁵.

Artículo 1139 CCF:

«L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat»²³⁶.

²³³ Artículo 5 *Loi n.º 2018-287*: «Le paragraphe 2 de la sous-section 1 de la section 2 du chapitre II du sous-titre 1^{er} du titre III du livre III du code civil *est ainsi modifié*: 1.º *L'article 1137 est complété par un alinéa ainsi rédigé*: [y a continuación se transcribe el párrafo tercero del art. 1137 CCF, que en el cuerpo del texto pongo en cursiva]».

²³⁴ En relación con el artículo 1137 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1113 *AP Catala*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges»; artículo 1113-1 *AP Catala*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues».

b) Artículo 43 *P Terré*: «Le dol est le fait pour un contractant de surprendre le consentement d'autre par des manœuvres ou des mensonges»; artículo 44 *P Terré*: «Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'une information qu'il devait délivrer conformément à l'article 33». Transcribo el artículo 33 *P Terré*, *infra* nota 238.

c) Artículo 1136 *P Ordonnance 2015*: «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi».

²³⁵ En relación con el artículo 1138 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1113-2 *AP Catala*: «Le dol est semblablement constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant, ou même d'un tiers sous l'instigation ou la complicité du cocontractant».

b) Artículo 45 *P Terré*: «Le dol est semblablement constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort d'une partie o d'un tiers à l'instigation ou avec la complicité de celle-ci./ Il en est de même lorsqu'il a été commis par un tiers et qu'une partie en avait connaissance et en a tiré avantage».

c) Artículo 1137 *P Ordonnance 2015*: «Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant./ Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers, si le cocontractant en a eu connaissance et en a tiré avantage».

²³⁶ En relación con el artículo 1139 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1113-3 *AP Catala*: «L'erreur provoquée par le dol est toujours excusable. Elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la chose qui en est l'objet ou sur un simple motif du contrat».

b) Artículo 46 *P Terré*: «Le dol d'une partie excuse toujours l'erreur de l'autre».

c) Artículo 1138 *P Ordonnance 2015*: «L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable; elle est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat».

Artículo 1144 CCF:

«Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé»²³⁷.

[42] El artículo 1112-1 CCF regula *cuándo existe el deber general de que una parte informe a la otra*, cuya infracción da lugar a la oportuna indemnización de daños y perjuicios. También indica la posible conexión con los vicios del consentimiento.

Artículo 1112-1 CCF:

«Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants»²³⁸.

²³⁷ En relación con el artículo 1144 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1115-1 *AP Catala*: «Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts».

b) Artículo 51 *P Terré*: «La nullité ne peut être demandée que dans les cinq ans de la découverte de l'erreur ou de la cessation de la violence. Dans tous le cas, elle ne peut être demandée lorsque dix ans se sont écoulés depuis la conclusion du contrat».

c) Artículo 1143 *P Ordonnance 2015*: «Le délai de l'action en nullité ne court dans les cas de violence que du jour où elle a cessé. Dans le cas d'erreur ou de dol, ce délai ne court que du jour où ils ont été découverts./ Néanmoins, l'action en nullité ne peut être exercée au-delà de vingt ans à compter du jour de la conclusion du contrat».

²³⁸ En relación con el artículo 1112-1 CCF son equivalentes los artículos:

a) Artículo 1110 *AP Catala*: «Celui des contractans qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner./ Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties./ Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation./ Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat». Artículo 1110-1 *AP Catala*: «Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu».

b) Artículo 33 *P Terré*: «La parti qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance

3.2 El análisis del dolo

[43] Antes de iniciarlo, he de detenerme en unas explicaciones que, del *Rapport au Président de la République relatif à la 'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Rapport de la Ordonnance n.º 2016-131 o Rapport)*²³⁹, me interesan.

3.2.1 UN PREVIO APUNTE Y VALORACIÓN DEL DOLO Y DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN SEGÚN EL *RAPPORT* DE LA ORDONNANCE N.º 2016-131

[44] En dicho *Rapport* se indica con carácter general –esto es, para *todos* los vicios del consentimiento– que el vicio debe *determinar* el consentimiento (art. 1130 CCF) y, teniendo en cuenta el carácter privado de los intereses protegidos, la sanción para los vicios del consentimiento es *la nulidad relativa* (art. 1131 CCF). *Ya específicamente para el dolo*, se señala que *se reitera, en lo esencial, el derecho positivo*. Así, la exigencia del *comportamiento intencional* (art. 1137.I CCF); se tiene en cuenta *el dolo del representante, o del tercero cómplice* (art. 1138); el carácter *siempre excusable del error provocado por dolo*, y *la admisión del error sobre el valor o sobre el simple motivo si lo provocó el dolo* (art. 1139 CCF); *se consagra la reticencia dolosa*, poniendo el acento en la intención de engañar (art. 1137.II CCF), y la reticencia dolosa *no se subordina* a la existencia de la obligación de información consagrada en otro lugar, en el artículo 1112-1 CCF.

Según el *Rapport*:

«Le paragraphe 2, relatif aux vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, s'ouvre par un article mettant en évidence une exigence qui leur est commune: le caractère déterminant

de celle-ce est légitime./ L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contract ou de la qualité des parties./ Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devrait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie». Artículo 34 *P Terré*: «Le manquement à une obligation d'information engage la responsabilité de celui qui en était tenu et, le cas échéant, conduit à la nullité du contract dans les conditions des articles 35 et suivants».

c) Artículo 1129 *P Ordonnance 2015*: «Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant./ Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contract peut être annulé».

Para un análisis de los artículos transcritos en a), b) y c), FENOY PICÓN (2017) [292], pp. 764-768

²³⁹ *JORF 11 février 2016*.

du vice (article 1130). Il précise ensuite la sanction qui leur est commune, compte tenu du caractère privé des intérêts protégés: la nullité relative, conformément au droit positif (article 1131).

[...].

S'agissant du dol, le droit positif est pour l'essentiel repris: exigence d'un comportement intentionnel (article 1137 alinéa 1), prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice (article 1138), caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par un dol, et admission de l'erreur sur la valeur ou sur un simple motif lorsqu'elle est provoquée par un dol (article 1139). La réticence dolosive est consacrée (article 1137 alinéa 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper».

[45] Para la obligación precontractual de información del artículo 1112-1 CCF, y *con carácter general*, en el *Rapport* se apunta que se ha *introducido, en el Code civil, un deber general de información de orden público*; que la obligación precontractual de información ya era ampliamente admitida por la jurisprudencia y diversas y específicas obligaciones de información existían en leyes especiales (particularmente en el Derecho de consumo), *habiendo parecido oportuno consagrarlo en el Code civil de modo autónomo, independientemente del deber de buena fe*, siendo un principio esencial en el equilibrio de las relaciones contractuales y fijándose un cuadro general; que una tal obligación general de información está, por otro lado, prevista en varios proyectos doctrinales europeos de reforma del derecho de contratos; y que, a fin de no suscitar inseguridad jurídica y responder a las inquietudes de las empresas, *el presente deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación, conforme a la jurisprudencia de la Cour de cassation* (art. 1112-1.II CCF; implícitamente se alude a *Baldus*; al respecto *supra* [22]).

La sanción por incumplir el deber de información es, según el artículo 1112-1.V CCF, la *responsabilidad* del obligado. Además, el artículo 1112-1.V CCF permite enlazar dicho deber de información con los vicios del consentimiento, en particular con la reticencia dolosa del artículo 1137.II CCF. La exigencia de que la información retenida haya sido de una importancia determinante para el consentimiento de la otra parte, *acerca* los requisitos del deber precontractual de información con los del dolo por reticencia, pero, ambos *se distinguen* por un elemento esencial: *si la violación de la obligación de informar ha sido intencional, para engañar al otro*

contratante, constituira un dolo que entraña la nulidad del contrato, como prevé el artículo 1137.II CCF. A falta de la intención de engañar, el defecto de información, que puede deberse a una simple negligencia, solo será sancionado con la indemnización de los daños y perjuicios. El artículo 1137.II CCF opta por no subordinar la reticencia dolosa a la existencia de un deber de información, de conformidad con una concepción más solidaria del contrato que pone el acento en sancionar la intención de engañar (el error provocado es siempre excusable, se añade).

Según el *Rapport*:

«Est ensuite introduite l'existence d'un devoir general d'information (article 1112-1), d'ordre public. Une telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre general. Une telle obligation générale est d'ailleurs prévue dans plusieurs projets doctrinaux européens de réforme du droit des contrats. Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (alinéa 2).

[...].

Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement— erreur ou dol. [...].

Cet alinéa permet de faire le lien avec les vices du consentement, et en particulier la réticence dolosive consacrée à l'article 1137 du texte. L'exigence que l'information retenue ait été d'une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie, rapproche les conditions du devoir précontractuel d'information de celles du dol par réticence, mais s'en distingue par un élément essentiel: ainsi, ce n'est que si la violation de l'obligation d'information a été intentionnellement pour tromper l'autre contractant, qu'elle sera constitutive d'un dol entraînant la nullité du contrat, comme le prévoit l'article 1137 alinéa 2. En l'absence d'intention de tromper, le défaut d'information, qui peut ne résulter que d'une simple négligence, ne sera sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts. A l'inverse, le text fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat que met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable)».

3.2.2 EL ERROR PROVOCADO. EL DOLO SIN ERROR. LA VIOLENCIA POR ABUSO DEL ESTADO DE DEPENDENCIA. LA DOBLE NATURALEZA DEL DOLO: DELITO (ILÍCITO) CIVIL Y VICIO DEL CONSENTIMIENTO. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL)

[46] Para la *regulación originaria* del dolo del *Code civil*, se entendía que el dolo *provoca un error en su víctima* y se exigía de su autor la *intención de engañar* (*supra* [14]-[16]). *¿Sigue siendo ello así? Ello ¿está diáfanoamente claro?*

[47] Para lo primero –*que el dolo supone un error provocado*– he de comenzar recordando que el artículo 1137.I CCF dispone que el dolo es el hecho por el cual un contratante obtiene el consentimiento del otro mediante maniobras o mentiras. *En opinión de Deshayes/Genicon/Laithier*, el artículo 1137.I CCF *no exige expresamente*, como hace la tesis doctrinal mayoritaria, *que la maniobra provoque un error en la víctima del dolo* (al respecto *supra* [14]-[15]). Por ello consideran que el artículo 1137 CCF *no permite cerrar el debate «del dolo sin error»*²⁴⁰. Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan cómo autores *minoritarios* apuntaban la hipótesis en la que, «en ausencia de error, [...] las maniobras desleales no tienen por objeto alterar el carácter claro del consentimiento, sino su libertad», y en tal hipótesis (*y a diferencia de la violencia*), «la libertad de consentimiento [estaba] fuera de todo temor o de toda amenaza», cediendo finalmente la víctima «con perfecto conocimiento de causa» por «lasitud, a consecuencia de las maniobras empleadas»²⁴¹. Se trata de una figura particularmente adaptada a los conocidos casos de *captación* y de *sugestión*, frecuentemente evocada en el derecho de liberalidades, y *que el derecho moderno vuelve a vincular al dolo*²⁴². Sobre la *jurisprudencia*, Deshayes/Genicon/Laithier indican que esta no era totalmente clara, pues, si mayoritariamente hacía del error una condición del dolo, al menos desde la *S 10.07.1995* de la primera *chambre civile*, no siempre aquella mostraba tal firmeza²⁴³.

Recordado lo anterior y *tras la incorporación por la Ordonnance n.º 2016-131 del abuso del estado de dependencia en el artículo 1143 CCF* (variante del vicio de violencia), Deshayes/

²⁴⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

²⁴¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232. En nota 299, en p. 302, los autores reproducen el siguiente texto de Gaudement: «comete un dolo, no solo aquel que disimula o que induce al error, sino todavía quien, abierta y cínicamente, abusa de una situación para imponer un contrato contrario a la equidad».

²⁴² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

²⁴³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232. Pero *vid.* lo que indiqué *supra* [15].

Genicon/Laithier opinan que la necesidad de reconducir el «dolo sin error» al dolo, habiendo el sustituto de la figura del abuso del estado de dependencia, es algo que se siente menos, aunque, dados los requisitos de aplicación del abuso del estado de dependencia, los autores acaban concluyendo que hay un fuerte riesgo de que el dolo vuelva a resultar atractivo²⁴⁴.

Como acabo de apuntar, el abuso del estado de dependencia es una variante del vicio de violencia, vicio este que se define en el artículo 1140 CCF²⁴⁵. Según el artículo 1140 CCF, hay violencia cuando una parte se vincula presionada por una coacción que le inspira el temor de exponer su persona, su patrimonio o el de sus allegados a un mal considerable²⁴⁶.

En cuanto al artículo 1143 CCF, que regula el *abuso del estado de dependencia*, este ordena que *hay también violencia si una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante respecto de ella, obtiene su acuerdo, el cual no habría suscrito en ausencia de tal coacción, y obtiene una ventaja manifestamente excesiva*²⁴⁷. El artículo 1143 CCF es una novedad

²⁴⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

²⁴⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), p. 252.

²⁴⁶ Los artículos 1140, 1141 y 1142 CCF regulan específicamente el vicio de la violencia y disponen:

a) Artículo 1140 CCF: «Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable».

b) Artículo 1141 CCF: «La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif».

c) Artículo 1142 CCF: «La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers».

En el *Rapport* se indica: «Tratándose de la violencia, la *ordonnance* recoge en lo esencial el derecho positivo en vigor, en cuanto a su definición (artículo 1140), a la amenaza del uso de vías de derecho (artículo 1141) o a la violencia que emana de un tercero en relación con el contrato (artículo 1142)».

Sobre el vicio de la violencia en el Derecho francés, antes y después de la *Ordonnance n.º 2016-131*, con algún apunte para el Derecho italiano, a propósito del artículo 1141 *in fine* CCF, DEL OLMO GARCÍA (2017) pp. 613-624.

²⁴⁷ a) «*A son regard*».—El tenor literal del actual artículo 1143 CCF es: «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif» (cursiva mía). El artículo 5.2º *Loi n.º 2018-287* incorporó al artículo 1143 CCF esa expresión «*à son égard*» y la misma es una incorporación de carácter interpretativo, por lo que se aplica desde el 01.10.2016 (*supra* [11]).

DESHAYES/GENICON/LAITHIER explican que «*à son regard*» indica, «explícitamente, que el estado de dependencia de una de las partes del contrato se entiende referido a su cocontratante, es decir en el marco expresamente determinado por el contrato entre las dos partes». Dicho de otro modo, *la regla sobre la violencia de tercero del artículo 1142 CCF* (que transcribí en la nota inmediatamente anterior a esta y que permite a la víctima impugnar el contrato si la violencia procedió de un tercero) *no se aplica en el ámbito del artículo 1143 CCF*. Ahora bien, DESHAYES/GENICON/LAITHIER advierten que ha de distinguirse entre los «verdaderos» y los «falsos» terceros. Dentro de los «falsos» terceros (es decir, que no se está ante un tercero) entra, por ejemplo, el abuso que ejerce un intermediario o una filial que forma parte del mismo grupo, de la sociedad con la cual el

afectado por el abuso celebra el contrato, y el artículo 1143 CCF se aplica a condición de que exista un estado de dependencia entre las partes. [«Artículo 1143» (2018), pp. 257-258]. En otro anterior trabajo, DESHAYES/GENICON/LAITHIER explicaban que la *Loi n.º 2018-287* había realizado una importante restricción al abuso del estado de dependencia. Tras recordar que el artículo 1142 CCF permite la anulación del contrato si la violencia procede de un tercero, apuntaban que podía pensarse que ello era lo mismo para el estado de dependencia del artículo 1143 CCF, pero, la nueva redacción del artículo 1143 CCF, obra de la *Loi n.º 2018-287*, va en contra de esa interpretación al referirse al «à son égard». A su entender, ese distinto tratamiento entre tipos de violencia no se explica fácilmente, dado que algunos abusos del estado de dependencia bien pueden ser obra de una persona que trata en interés de otra (por ejemplo, una sociedad madre para una filial), y se preguntaban acerca de la aplicación, por analogía, de la solución para el dolo del artículo 1138 CCF (que transcribí *supra* [41]) y que admite la nulidad por dolo por el «falso tercero» (así, el tercero intermediario, el tercero cómplice). [SJ (2018) 27, p. 891].

b) *La valoración del abuso del estado de dependencia como un tipo de violencia por parte de la doctrina española.*—Al respecto:

b.1) DEL OLMO GARCÍA [que lo analiza en (2017), pp. 624-635] se muestra crítico con la codificación dentro del vicio de la violencia y que no se haya codificado en las normas que responden a la justicia del intercambio, rechazando su posible influencia para el Derecho español. Dice: «[...] insistiendo en la conveniencia de no oscurecer la frontera entre la lógica de los vicios de la voluntad (justicia procedimental) y la lógica de las normas sobre excesiva desproporción (justicia material: lesión usura...). Por ello, creo que no se debe admitir influencia francesa en tal sentido sobre nuestro propio Código. [...] / [...], creo que el tratamiento preferible para las situaciones de dependencia a que alude el art. 1143 NCC [CCF] consiste en reconocer que estamos ante un problema de excesiva desproporción y, por lo tanto, introducir una norma especial que le dé solución fuera de la disciplina de los vicios del consentimiento (justicia procedimental). Ésta es la línea adoptada en nuestro sistema en el art. 1301 de la Propuesta de Modernización del CC [...] elaborada por la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. En la misma línea, están otros Códigos Civiles de nuestro entorno cultural, algunos muy recientes, y los textos de *soft law* internacionales. [...]» (cursiva mía; pp. 635-636; *vid.* además p. 634).

b.2) BARCELÓ COMPTE también se muestra crítica [analiza el art. 1143 CCF en (2019), pp. 128-136]. Según BARCELÓ COMPTE: «La noción restrictiva de lesión que se encuentra en el *Code [civil]* (arts. 1168 [vigente], antiguos art. 1118 y art. 1674) se corrige mediante la introducción de dicho art. 1143 que ha procurado una solución a una laguna de los contratos desequilibrados. Sin embargo, es cuestionable la opción tomada por el legislador francés: la utilización de una figura relativa a una patología del consentimiento ya establecida, como es la violencia, como instrumento de control de un contrato manifiestamente desequilibrado no nos parece coherente porque la noción que se desprende del art. 1143 *Code [civil]* no permite cubrir todas las situaciones injustas que pueden derivarse de un supuesto de ventaja o explotación injusta. La integración en el seno del concepto de violencia económica de los casos producidos por situaciones de abuso o provecho de las circunstancias de la parte débil, y que resultan en un contrato excesivamente desequilibrado, escapa técnicamente del ámbito propio del vicio del consentimiento consistente en la violencia. Por otra parte, los casos de violencia o intimidación siempre son reprobables (si se cumplen los criterios definidos por la norma y la doctrina) con independencia del contenido intrínseco final del contrato. No cabe expandir el concepto de los vicios del consentimiento tradicionales con el fin de enmarcar en su seno nuevos presupuestos que caen mejor en otras figuras o en otras causas de anulación ad hoc. Lo más coherente hubiera sido la regulación de una figura de nuevo cuño, como ha hecho el legislador catalán (art. 621-45 CCCat)» (cursiva mía, p. 131; *vid.* también pp. 132-134).

Para el artículo 1143 CCF y la situación anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, GÓMEZ CALLE (2018), pp. 59-63, y sobre la oportunidad de incorporar al Derecho español una específica figura que regule la ventaja injusta y el *status quo* de las opiniones de los autores españoles, así como su opinión, pp. 212-216. Para la «violencia económica» anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, BOSCH CAPDEVILA, *RCDI* (2009), pp. 81-84, en particular a partir de la p. 82. *Vid.* además YÁÑEZ VIVERO (2019), pp. 32-35, 67-70.

de la *Ordonnance n. 2016-131*²⁴⁸. Se aplica *sin distinguir la cualidad de las personas implicadas* –no se exige que sean personas débiles o vulnerables, pudiendo aplicarse, por ejemplo, a una gran empresa–²⁴⁹. Y se aplica a la conclusión del acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, a las modificaciones convencionales y a los contratos extintivos²⁵⁰.

Presentado brevemente el abuso del estado de dependencia y retornando a su posible relación con el dolo, a *propósito de la cuestión del dolo sin error*, Deshayes/Genicon/Laithier señalan que la aplicación del artículo 1143 CCF exigen cuatro condiciones *que no siempre existirán en las hipótesis clásicas del dolo sin error*. Así, el abuso del estado de dependencia exige la previa caracterización de «un estado de dependencia»²⁵¹ y supone, en tanto que acto de violencia, el «miedo [...] de un mal considerable» (art. 1140 CCF), circunstancias las anteriores *que no siempre se encuentran en las hipótesis de captación o de sugestión*²⁵².

²⁴⁸ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), p. 252.

Según el *Rapport*: «Una de las innovaciones esenciales del texto consiste en asimilar a la violencia el abuso de dependencia en el cual se encuentra su cocontratante, lo que la jurisprudencia de la Corte de casación ha admitido en recientes sentencias, y que la doctrina y los prácticos califican de “violencia económica”, incluso si el texto es en realidad más amplio, y no se circunscribe a la dependencia económica (artículo 1143). En efecto, todas las hipótesis de dependencia se prevén, lo que permite la protección de las personas vulnerables y no solo de las empresas en las relaciones entre ellas» (cursiva mía; este texto continúa *infra* nota 253 último párrafo).

²⁴⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), p. 256. Apuntan que la *no distinción* entre sujetos es algo propio del Derecho civil, que no encierra «a las personas en roles predeterminados» y que, naturalmente, la violencia por abuso de dependencia del artículo 1143 CCF se aplica a personas débiles o vulnerables (por su edad, enfermedad, hándicap, pertenencia a una minoría, etc.), pero, como indico en el cuerpo del texto, *no se exige tal condición para la aplicación*. *Vid.* la nota inmediatamente anterior a esta.

En cambio, el artículo 1142 *P Ordonnance 2015* hacía expresa mención de la «situation de faiblesse» (situación de debilidad): «Il y a également violence lorsqu’une partie abuse de l’état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l’autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n’aurait pas souscrit si elle ne s’était pas trouvée dans cette situation de faiblesse» (cursiva mía).

²⁵⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1143» (2018), pp. 256-257; dicen: «el artículo 1143 [CCF] se aplica a todo contrato en el sentido del artículo 1101 [CCF]», y según dicho artículo 1101 CCF: «Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».

²⁵¹ Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, no se ha precisado la naturaleza de la «dependencia». Teniendo presente la jurisprudencia anterior, la dependencia puede ser económica, financiera, o industrial (de ahí lo habitual de la expresión «violencia económica» para esta modalidad de violencia). Sin embargo, la dependencia tiene un significado *más amplio*. En el *Rapport* se indica que «todas las hipótesis de dependencia están previstas» (lo que transcribí *supra* nota 248), lo cual permite *inclure dependencias psíquicas o sentimentales*, protegiéndose a personas capaces, sanas de espíritu y que no se benefician de especiales reglas para los actos gratuitos. Por otro lado, en el artículo 1143 CCF no se reconoce el *vicio de vulnerabilidad (vicio de faiblesse)* que, en cambio, estaba en la *P Ordonnance 2015* (al respecto *vid. supra* nota 249, en su último párrafo); dicho con otras palabras, *la sola fragilidad o vulnerabilidad no es un estado de dependencia*. La aplicación del artículo 1143 CCF *requiere, pues, establecer el lazo de dependencia*; por ejemplo, si una persona está bajo el control de una secta o de un responsable religioso, o se trata de una persona enferma o incapacitada que solo tiene relaciones con la persona a la que se le imputa la violencia. [«Artículo 1143» (2018), pp. 258-259].

²⁵² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

Además, quien contrata con la víctima del abuso del estado de dependencia debe obtener del contrato «una ventaja manifiestamente excesiva» y esto no se da, por ejemplo, en una venta, en la que el vendedor cede en contra de su verdadera voluntad, cansado de luchar, pero a un justo precio²⁵³.

Sin embargo, *a otros autores*, el tenor del artículo 1137.I CCF no les plantea el problema del dolo sin error. Según Chantepie/Latina, *el dolo engendra un error en el espíritu de la víctima del dolo y ese error es el que vicia su consentimiento, no el dolo, en sí mismo*²⁵⁴. *Apuntan que el artículo 1139 CCF es claro al respecto*, al referirse a «l'erreur qui résulte de dol [...]» y que dicho error es «une cause de nullité» (cursivas del original)²⁵⁵. En la misma línea se sitúan Mauger-Vielpeau²⁵⁶, y Fages²⁵⁷.

[48] *Sobre la intención de engañar por parte del autor del dolo* –la segunda cuestión que planteé *supra* [46]– Deshayes/Genicon/Laithier *no dudan* de que en la regulación de la *Ordonnance n.º 2016-131 se sigue exigiendo, ya que se trata de algo tradicional al dolo, se deduce implícitamente de la propia maniobra o mentira (art. 1137.I CCF)* y el artículo 1137.II CCF *menciona expresamente el carácter intencional que la disimulación ha de presentar en la reticencia dolosa*²⁵⁸.

En la misma línea se sitúan Chantepie/Latina. Estos últimos recuerdan cómo en el antiguo artículo 1109 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) se aludía *a la sorpresa por dolo*, fórmula que ponía

²⁵³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 232.

Para la «ventaja manifiestamente excesiva» del artículo 1143 CCF, DESHAYES/GENICON/LAITHIER señalan *que no se precisa su naturaleza* y apuntan que puede ser una o varias cláusulas draconianas; probablemente una ventaja económica o financiera, en particular el precio; *que la ventaja se fija en un estándar elevado* («manifiestamente»; algo flagrante); y *que no se indica la referencia en relación con la cual ha de apreciarse el exceso*, señalando que puede ser el contenido del contrato: la contraprestación o su ausencia; también elementos exteriores: prácticas habituales en el sector considerado, evoluciones del mercado. [«Artículo 1143» (2018), pp. 262-263].

En el *Rapport* se apunta la razón de que la «ventaja manifiestamente excesiva» sea requisito del artículo 1143 CCF: «A fin de responder a los temores de las empresas y objetivar la apreciación de este abuso, se ha introducido, para apreciar este vicio, un criterio que lo somete a la ventaja manifiestamente excesiva que debe haber obtenido el cocontratante, lo que permite encuadrar la aplicación de este texto» (esto continúa el texto que transcribí *supra* nota 248).

²⁵⁴ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 321, p. 263.

²⁵⁵ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 321, p. 263; si los artículos 1132 a 1136 CCF regulan el «erreur spontanée», los artículos 1137 a 1139 CCF tratan del «erreur provoquée».

²⁵⁶ Según MAUGER-VIELPEAU, el artículo 1137.I CCF reitera que el dolo es un error provocado por maniobras o mentiras, por oposición al error vicio del consentimiento que es un error espontáneo [«Artículo 1137» (2016), p. 89].

²⁵⁷ FAGES señala que «[...] el dolo supone un error. Pero el error, aquí, no es espontáneo: es provocado, es decir, inducido por el comportamiento del autor del dolo» [(2017) 114, p. 115].

²⁵⁸ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 231.

en valor, de modo conciso y claro, *la necesidad del engaño*²⁵⁹. Chantepie/Latina recuerdan que en los artículos 1111 *AP Catala* y 35 *P Terré* (que transcribí *supra* nota 231) se pretendió adoptar la fórmula de aquel artículo 1109 CCF, pero, por desgracia, la *Ordonnance n.º 2016-131 no lo ha hecho* y se contenta con la única indicación, en el artículo 1137.I CCF, de que «el dolo es el hecho de un contratante *de obtener el consentimiento del otro*» (cursiva del original)²⁶⁰. Ahora bien, si el artículo 1137 CCF no menciona el elemento intencional del dolo, para Chantepie/Latina *puede reconocérsele de modo elíptico*²⁶¹. En concreto, *aparece claro* en el artículo 1137.II CCF para la *reticencia dolosa* –cuándo se la define como «disimulación intencional», expresión incluso pleonástica, por no concebirse que algo pueda disimularse, salvo intencionalmente²⁶²; se la *sobrentiende* en el artículo 1137.I CCF para la *mentira* –que necesariamente supone la intención de engañar al

²⁵⁹ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 267.

²⁶⁰ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 267 y nota 6; añaden, pensando en la expresión «obtener el consentimiento del otro» del artículo 1137.I CCF: «sin embargo, como ha sido justamente destacado [Guerlin], es un hecho posible “obtener” lícitamente el consentimiento de la otra parte».

Sobre los artículos 1111 *AP Catala* y 35 *P Terré*, citados en el cuerpo del texto, y además para el vigente artículo 1130 CCF:

a) En la Exposición de Motivos del *AP Catala*, LEQUETTE/LOISEAU/SERINET explican que el artículo 1111 *AP Catala* recoge la fórmula originaria del *Code civil* de 1804 –la del art. 1109– alabada por su valor expresivo, particularmente sólido, y reagrupa la trilogía de los vicios del consentimiento, cambiando solo el orden de enumeración –frente a ese art. 1109 CCF, que enumera al error, a la violencia y al dolo, el art. 1111 *AP Catala* enumera al error, al dolo y a la violencia– orden que el *AP Catala* seguirá en la posterior regulación de cada uno de esos vicios del consentimiento [(2005), p. 20]. Por otro lado, en el propio articulado del *AP Catala*, tras el artículo 1111 *AP Catala*, se lee: «(art. 1109 c. civ.)» [(2005), p. 71].

Y en el artículo 1113 *AP Catala* –que transcribí *supra* nota 234 y equivalente al art. 1137 CCF– se emplea el concepto de *sorprender el consentimiento del otro*, indicándose en el articulado del *AP Catala*, sobre dicho artículo 1113: «(Obs.: Reprise du verbe de l'article 1111 (1109 c. civ.)» [(2005), p. 72].

b) Al artículo 35 *P Terré*, añadiré que el artículo 43 *P Terré* –que transcribí *supra* 234– se refiere a *sorprender el consentimiento*, en la misma línea que el anterior artículo 1113 *AP Catala*.

c) Sobre el artículo 1130 CCF (que transcribí *supra* [41] en caja más pequeña), DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que desempeña *la misma función* que el antiguo artículo 1109 CCF: enumerar, preliminarmente, los vicios susceptibles de afectar al consentimiento [«Artículo 1130» (2018), p. 206]. Según CHANTEPIE/LATINA, el artículo 1130 CCF sustituye al antiguo artículo 1109 CCF, artículo, este último, que no tenía carácter normativo y que sí tiene el artículo 1130 CCF; además, destacan cómo, antes de la *Ordonnance n.º 2016-131*, la violencia se estudiaba entre el error y el dolo, y tras ella, la violencia se estudia en último lugar, orden que les parece más coherente por permitir estudiar los vicios del consentimiento de menos a más grave y que tiene el mérito de poner en valor los lazos que hay entre el error y el dolo [«Artículo 1130» (2016) 294, p. 240; 293, p. 239]. *Ahora bien, añado yo, en el artículo 1130 CCF no se apunta la sorpresa que el dolo causa en el consentimiento de su víctima, como hacía el derogado artículo 1109 CCF.*

²⁶¹ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 267.

²⁶² CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, pp. 267-268.

otro—²⁶³; y en relación con las *maniobras*, pese al tenor literal no correcto del artículo 1137.I CCF, ello no tendrá consecuencia, por ser evidente que las maniobras del artículo 1137.I CCF solo pueden emplearse maliciosamente²⁶⁴. En cambio, para Chantepe/Latina, *el artículo 1139 CCF sí ofrece un fundamento general para la exigencia de la intención de engañar por parte del autor del dolo*, artículo según el cual *todos los errores que resulten del dolo han de permitir la nulidad relativa del contrato*, sean o no excusables, versen sobre las cualidades esenciales de la prestación o del cocontratante, sobre el valor, o los simples motivos²⁶⁵. *Esto es, si todos los errores por dolo son excusables y nunca indiferentes, es porque el autor del dolo ha cometido un engaño, una culpa que el sistema jurídico francés considera más grave que la de la víctima del dolo*²⁶⁶. *La intención de engañar por parte del autor del dolo se sobrentiende en el artículo 1139 CCF*²⁶⁷.

Por último, Mauger-Vielpeau considera que, cuando el artículo 1137.I CCF ordena que dolo es «el hecho por el que un contratante obtiene el consentimiento del otro», se hace referencia *al elemento intencional del dolo (a la intención de engañar)*, aunque se haga con fórmula tenue²⁶⁸.

3.2.3 LAS MANIOBRAS Y LAS MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL). EL *DOLUS BONUS*

[49] El artículo 1137.I CCF se refiere *expresamente* a las *maniobras*. *No hay aquí novedad normativa*, frente al derogado artículo 1116 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]). Aquel artículo 1137.I CCF incluye *también y expresamente* a las *mentiras*, lo que *el derogado artículo 1116.I CCF no disponía*, pero que *la jurisprudencia reconocía* como otro posible elemento material del

²⁶³ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 268.

²⁶⁴ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 328, p. 268; en contraposición a la mentira y a efectos de plantear dialécticamente el problema de las *manœuvres* del artículo 1137.I CCF, advierten: «¡No es el caso de las maniobras! Una maniobra es una simple “operación de la mano”. Obtener un consentimiento mediante una maniobra no tiene pues nada de ilícito. ¿Se prohíbe, bajo el imperio del artículo 1137 del Código civil, pasar el aspirador al coche antes de que el potencial comprador venga a verlo? Es verdad, sin embargo, que el derecho de consumo acoge desde hace tiempo la noción de práctica comercial engañosa, [...]».

²⁶⁵ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 329, pp. 268-269.

²⁶⁶ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 329, p. 269; «el error es el resultado de la deslealtad de un contratante».

²⁶⁷ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 329, p. 269.

²⁶⁸ MAUGER-VIELPEAU señala que la suave formulación puede explicarse por la admisión, en el segundo párrafo del artículo 1137 CCF, del dolo por reticencia; la intención de engañar se deduce fácilmente de una maniobra o de una mentira; es más difícil de caracterizar en el dolo por reticencia [«Artículo 1137» (2016), p. 90].

dolo (al respecto *supra* [18]). Por tanto, *el artículo 1137.I CCF supone la expresa codificación de las mentiras como elemento material del dolo*²⁶⁹.

Más allá de lo anterior, Mauger-Vielpeau apunta que el artículo 1137.I CCF no distingue entre un eventual *dolus bonus*, tolerado, y otro *dolus malus*, reprimido²⁷⁰.

3.2.4 LA RETICENCIA DOLOSA (OTRO ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE. LA JURISPRUDENCIA BALDUS: ¿SIGUE VIGENTE? SI ES ASÍ, ¿DESDE CUÁNDO?

[50] La *reticencia dolosa* –posible elemento material del dolo que la *jurisprudencia* reconocía y que *el artículo 1116.I CCF* no contemplaba (al respecto *supra* [20])– se ha *expresamente* incorporado al artículo 1137.II CCF. Según este último, «[c]onstituye igualmente dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información que sabe de su carácter determinante para la otra parte». Para Deshayes/Genicon/Laithier, se trata de la *principal actualización* del artículo 1137 CCF, consolidándose una jurisprudencia asentada desde 1974 («Cass. 3^e civ., 2 oct. 1974») ²⁷¹.

[51] Por lo que respecta al *tercer párrafo* del artículo 1137 CCF, en él se dispone, «[s]in embargo, no constituye dolo el hecho de que una parte no revele, a su cocontratante, su estimación del valor de la prestación». Como adelante *supra* [41], la *Loi n.º 2018-287*

²⁶⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 231; FAGES (2017) 115, p. 116; CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 326, pp. 265-266; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1137» (2016), p. 89.

²⁷⁰ MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1137» (2016), p. 89. FAGES señala que, a veces, puede tenerse cierta tolerancia sobre lo que, antaño, se llamaba *dolus bonus* (pequeñas mentiras empleadas por los comerciantes para ensalzar los méritos de sus productos o servicios), y que la jurisprudencia sancionaba las afirmaciones mentirosas que iban «más allá de la simple exageración publicitaria» [(2017) 115, p. 116]. Vid. CABRILLAC (2020) 67, p. 74.

²⁷¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 233. Los autores apuntan que, *por la ambigüedad intrínseca del silencio*, en comparación con los actos positivos que generalmente encierran, en sí, la voluntad dolosa, *en la reticencia dolosa es más delicado establecer su elemento intencional, lo que fuerza un análisis impregnado de objetivismo*. A falta de poder sondear las consciencias de las personas, el juez, en la práctica, se contentará con la inducción al error mediante la prueba de dos elementos exteriores: por un lado, el de la importancia determinante de una información para la víctima del dolo, y por otro, el del conocimiento, por el contratante acusado del dolo, de la importancia decisiva de esa información para la víctima (art. 1137.II CCF: «dont il sait le caractère déterminant»). En cuanto a otros autores, SAVAUX indica que «[l]a ordenanza también consagra la nulidad del contrato en caso de reticencia dolosa (artículo 1137)» [ADC (2016), p. 727]; para CHANTEPIE/LATINA, la «disimulación» ha sido recogida por el legislador en el artículo 1137 CCF [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 326, p. 266]; y para MAUGER-VIELPEAU, «[l]a reticencia es [...] asimilada a las maniobras y a las mentiras en el seno del Código civil» [«Artículo 1137» (2016), p. 90].

incorporó ese tercer párrafo al artículo 1137 CCF *con la finalidad de fijar, sin duda alguna, que la jurisprudencia Baldus seguía vigente, algo objeto de discusión entre los autores en relación con la regulación instaurada por la Ordonnance n.º 2016-131. Ahora bien, el artículo 1137.III CCF es regla de fondo y se aplica a los contratos celebrados entre el 01.10.2018 y en adelante (al respecto supra [11]). ¿Qué sucede (primera cuestión) con los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018? Y para los contratos celebrados entre el 01.10.2018 y en adelante (segunda cuestión), ¿la norma del artículo 1137.III CCF tiene carácter absoluto? ¿Se aplica en todo caso?*

[52] Para responder a la primera cuestión de *qué sucede con los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018*, conviene que recuerde *antes* la esencia de la jurisprudencia *Baldus* (S 03.05.2000, primera *chambre civile*) y de inmediato plantee *por qué pudo surgir la duda de si aquella estaba o no vigente*.

Según la jurisprudencia *Baldus*, *el comprador, que no había informado al vendedor del valor del bien, no cometía una reticencia dolosa* (así *supra* [22]). Trasladándome a la regulación instaurada por la *Ordonnance n.º 2016-131*, *sucedía lo siguiente. Por un lado, el artículo 1139 CCF prescribe que el error sobre el valor de la prestación es causa de nulidad si es el resultado de un dolo*. Esta afirmación del artículo 1139 CCF posee *carácter absoluto: no se distingue si el dolo fue fruto de maniobras, de mentiras, o de una reticencia dolosa*. Por otro lado, *el artículo 1137.II CCF siempre considera, que la reticencia dolosa constituye (es) un dolo. La consecuencia de coordinar los artículos 1139 y 1137.II CCF es que no procedía aplicar la jurisprudencia Baldus*²⁷². A lo anterior había que añadir *un tercer dato*. Que el artículo 1112-1 CCF, que regula el deber general de información (en su párrafo I), exceptúa que haya de informarse sobre la estimación del valor de la prestación (ahora en su párrafo II; lo transcribí *supra* [42]). Deshayes/Genicon/Laithier apuntan, que a la anterior excepción del artículo 1112-1.II CCF se le *superpone* la norma del artículo 1137.II CCF –*esta última es la que predomina*–²⁷³.

A pesar de lo que acabo de exponer, *en la primera edición de sus Comentarios* (de 2016), Deshayes/Genicon/Laithier *intentaron*

²⁷² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), p. 212; continúan: «el silogismo parece, en efecto, bien difícil de desmontar: el dolo sobre el valor –sin distinción [esto es, sin distinguir entre maniobras, mentiras, o reticencias dolosas]– es causa de nulidad (art. 1139); ahora bien, la reticencia dolosa es siempre un dolo (artículo 1137, párrafo II); en consecuencia, la reticencia dolosa sobre el valor es causa de nulidad. Debido en parte al silencio del artículo 1139 CCF o en parte al silencio sobre la información del valor del artículo 1137, párrafo II, la jurisprudencia *Baldus* había sido literalmente reducida».

²⁷³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), p. 212.

salvar, de algún modo, la vigencia de la jurisprudencia Baldus. A su entender, no se concibe que cada contratante deba comunicar todo al otro, hasta el punto de llegar entregar sus armas para que se actúe en contra de uno. Si el artículo 1137.II CCF parece tener un alcance *muy amplio*, al venir a disponer que basta con que una información sea determinante para la otra parte, para que haya de ser comunicada si no se quiere cometer una reticencia dolosa, *la norma debe implícitamente leerse al amparo del deber de buena fe, deber de buena fe que fija el alcance de la información a suministrar y deber de buena fe que también lo limita. En los contratos, la buena fe no exige cumplir con la pureza evangélica y se alimenta de imperativos como las necesidades del comercio jurídico.* De ahí que los autores consideren, *que la lealtad contractual no siempre impone, e incluso raramente lo impone, que haya de desvelarse el verdadero valor del bien que se propone ceder, o el valor de la prestación que se pretende suministrar.* Para Deshayes/Genicon/Laithier, su solución tiene el mérito de la *flexibilidad y permite, según el caso, según los contratos y según los sujetos, decidir si la lealtad contractual, apreciada in concreto, no conduce, salvo excepciones, a imponer a un contratante que informe a aquel que va a cometer un error sobre el valor de su prestación.* Y ello –apuntan Deshayes/Genicon/Laithier– es el sabio acercamiento que hacía la jurisprudencia anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, ya que la jurisprudencia *Baldus* contaba con la excepción de *Vilgrain* (en la que se señalaba cuándo había obligación de informar sobre el valor; al respecto *supra* [23])²⁷⁴. *Los autores concluyen considerando aconsejable que se persiga esa política de equilibrio*²⁷⁵.

Y ¿cómo podría incidir la posterior incorporación del párrafo III del artículo 1137 CCF en los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018?

En la *segunda edición* de sus *Comentarios* (de 2018) y *para esos contratos*, Deshayes/Genicon/Laithier señalan dos posibilidades. *Una*, que la jurisprudencia, *armonizando* las soluciones *anterior* y *posterior* a la *Loi n.º 2018-287*, elija *interpretar* los textos «intermedios» a la luz de los nuevos textos de la *Loi n.º 2018-287* (en particular, del art. 1137.III CCF), con lo que *no* habría diferencia de trato jurídico según la fecha en que el contrato se hubiera celebrado; *la jurisprudencia hará como si el artículo 1137.III CCF hubiera existido desde el inicio de la Ordonnance n.º 2016-131* (esto es, desde el 01.10.2016)²⁷⁶. *La otra posibilidad* es que la jurisprudencia *rehuse el posible trato igualitario* y permita la *nulidad del contrato por reticencia dolosa sobre el valor de la presta-*

²⁷⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), pp. 212-213.

²⁷⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2016), p. 213.

²⁷⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 237.

*ción*²⁷⁷. Para esta segunda posibilidad, Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan que el artículo 1112-1.II CCF no supone un obstáculo, pues, la *Ordonnance n.º 2016-131 rompió deliberadamente la vinculación entre la reticencia dolosa y el deber de información del artículo 1112-1 CCF* (cfr. *supra* [45] lo explicado en el *Rapport*)²⁷⁸.

Por su parte, Deshayes/Genicon/Laithier, en la antes mencionada segunda edición (de 2018), *reiteran* la interpretación que expusieron en la primera edición de sus *Comentarios* (de 2016): que pese a la literalidad del artículo 1137.II CCF –esto es, *sin* el posterior párrafo III del art. 1137 CCF– hay margen para aplicar la jurisprudencia *Baldus*, *dado que el alcance del artículo 1137.II CCF lo limita la buena fe, la lealtad contractual*.

Sin embargo, Savaux (en 2016) *no dudaba de que, con la regulación de la Ordonnance n.º 2016-131, la jurisprudencia Baldus seguía vigente*²⁷⁹. Ciertamente, al hacer su afirmación, Savaux *solo considera lo que el artículo 1112-1.II CCF dispone* –que el deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación– y *no tiene en cuenta a los artículos 1139 y 1137.II CCF*, aplicables al dolo. Savaux apoya su interpretación favorable a la vigencia de *Baldus en los inmediatos antecedentes del artículo 1112-1 CCF*. En concreto, en el artículo 1129 *P Ordonnance 2015*, según el cual «*aquel de los contratantes que conociese o debiera conocer una información cuya importancia fuese decisiva para el consentimiento del otro deberá informarle, puesto que éste [sic, este] último ignora legítimamente dicha información*

²⁷⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 237.

²⁷⁸ Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, los campos de la reticencia dolosa y del incumplimiento de la obligación precontractual de información del artículo 1112-1 CCF *no se corresponden exactamente*. Por un lado, el incumplimiento de dicha obligación de información, si bien puede conducir a la reticencia dolosa, *no la implica necesariamente* (pues, puede haber un error, debido a una negligencia en la información, y el error excluye al dolo). Por otro lado, que la reticencia dolosa del artículo 1137.II CCF es posible *incluso si no se incumple el deber (legal) precontractual de información del artículo 1112-1 CCF* (pues, pueden incumplirse deberes *no legales* de información, que deriven de la *lealtad contractual*). [«Artículo 1137 (2018), pp. 234-235].

CHANTEPIE/LATINA señalan que la modificación, consistente en añadir un tercer párrafo al artículo 1137 CCF por la *Loi n.º 2018-287*, es una modificación *sustancial* (es regla de fondo, *supra* [51], [41] y [11]), no habiendo podido los parlamentarios declararla como modificación interpretativa. Esto es, dicho tercer párrafo solo se aplica a los contratos celebrados desde el 01.10.2018 y en adelante. En cuanto a los contratos celebrados entre el 01.10.2016 y el 30.09.2018, a las partes podrá reprochárseles su disimulación sobre una información relativa al valor. Consideran CHANTEPIE/LATINA poco probable que a los jueces les satisfaga esa temporal ruptura (en relación con la doctrina *Baldus*). CHANTEPIE/LATINA defienden que, si el legislador no puede, por razones constitucionales, aplicar retroactivamente la modificación del artículo 1137 (de su tercer párrafo), *los jueces podrían interpretar la versión original del artículo 1137 CCF* (esto es, sin su tercer párrafo) *a la luz de su versión modificada* (esto es, con su tercer párrafo) *y ello a fin de armonizar su sentido a lo largo del tiempo*. Para CHANTEPIE/LATINA, *ello no sería algo incorrecto*. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2018) 327-1, p. 281].

²⁷⁹ SAVAUX, *ADC* (2016), p. 726.

o se fía de la otra parte»²⁸⁰. Dicho artículo 1129 *P Ordonnance 2015*²⁸¹ no contenía la (posterior) norma del artículo 1112-2.II CCF acerca de la no exigencia de información sobre la estimación del valor de la prestación. Según Savaux, el artículo 1129 *P Ordonnance 2015* «quería expresar el estado del Derecho positivo en materia de obligaciones de información», pero, tal y como estaba redactado, su «texto se ha [había] considerado como una generalización peligrosa, arriesgándose incluso a desembocar en el replanteamiento de una solución jurisprudencial [la de *Baldus* y la de la posterior *S 17.01.2007* de la tercera *chambre civile*; al respecto *supra* [22]], según la cual el adquirente, aunque sea un profesional, no está vinculado por una obligación de información en beneficio del vendedor acerca del valor del bien adquirido»²⁸². Ahora bien, en opinión de Savaux, tal «temor carecía de fundamento, pues, en verdad la letra del texto [del art. 1129.I *P Ordonnance 2015*] permite, gracias a la condición de la ignorancia legítima, mantener dicha jurisprudencia [*Baldus*]»²⁸³. No obstante, continúa Savaux, «al término de la consulta pública [que de la *P Ordonnance 2015* se hizo], el texto [del art. 1129 *P Ordonnance 2015*] ha sido modificado», y el posterior artículo 1121-1 CCF cuenta con ese segundo párrafo acerca de la no información sobre la estimación del valor de la prestación, que «preserva la jurisprudencia [*Baldus*] aludida anteriormente»²⁸⁴.

Y explicado lo anterior y trasladándose a otro plano, Savaux advierte: que teniendo en cuenta que el artículo 1112-1.I CCF *solo se refiere al sujeto que conoce y no, además, al que debería conocer*, como ordenaba el artículo 1129 *P Ordonnance 2015*, ello «podría acarrear un cierto retroceso de la obligación que pesa sobre los profesionales fuera de los textos particulares que la ponen [la obligación de información] de forma especial a su cargo»²⁸⁵.

Por último, voy a exponer el pensamiento de Chantepie/Latina, quienes (en 2016) no dudaron de que la regulación de la *Ordonnance n.º 2016-131* acabó con la jurisprudencia *Baldus*²⁸⁶. Según estos

²⁸⁰ La traducción del primer párrafo del artículo 1129 *P Ordonnance 2015* es del trabajo de SAVAUX, *ADC* (2015), pp. 725-726. *Vid.* la nota inmediatamente siguiente.

²⁸¹ Transcribí el artículo 1129 *P Ordonnance 2015*, *supra* nota 238.

²⁸² SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726; cita en la nota 32, en p. 726: «Civ. 3^e 17 janv. 2007» y «Civ. 1^{re}, 3 mai 2000» (esta última es *Baldus*); como señalé en el cuerpo del texto, *supra* [22] di cuenta de esas dos sentencias.

²⁸³ SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726.

²⁸⁴ SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726.

²⁸⁵ SAVAUX, *ADC* (2015), p. 726.

²⁸⁶ En cuanto al autor MAUGER-VIELPEAU, este se limita a indicar: «A primera vista, podría considerarse puesta en entredicho la jurisprudencia que admitía que el error sobre el valor es indiferente en caso de silencio por el comprador acerca del valor del bien adquirido [...]. Sin embargo, nada hay menos seguro, en la lectura del artículo 1112-1, párrafo 2,

autores, la *Ordonnance n.º 2016-131 desconecta* la reticencia dolosa de la obligación legal de información del artículo 1112-1 CCF²⁸⁷. Y *situándose en el dolo (en su regulación)*, apuntan que, para el dolo, *solo se tiene en cuenta que su autor hubiera conocido la importancia decisiva de una información para su contratante (art. 1137.II CCF), importando poco que la información recayera sobre el valor de la cosa*²⁸⁸, *pues el artículo 1139 CCF dispone, sin excluir a la reticencia dolosa, que el dolo es causa de nulidad, incluso si recae sobre el valor de la prestación*²⁸⁹ (la reticencia dolosa es un dolo, como los otros de las maniobras y las mentiras²⁹⁰). *En suma, la combinación de los artículos 1137 y 1139 CCF conduce a la supresión de la jurisprudencia Baldus*²⁹¹. Apuntan además, que la solución adoptada por la *Ordonnance n.º 2016-131* es exactamente la *contraria* de la acogida en el *Avant-Projet Catala* (art. 1113-3, que transcribí *supra* nota 236), en donde se proponía que solo «el error *provocado* por dolo» (cursiva del original) era excusable, y ello, que fuera *provocado*, se proponía *para excluir del Avant-Projet Catala (art. 1113-3) a la reticencia dolosa y seguir consagrando la jurisprudencia Baldus*²⁹².

En la Exposición de Motivos del aludido *Avant-Projet Catala*, Lequette/Loiseau/Serinet explican, que el artículo 1113-3 *AP Catala* prevee que el error fruto de un dolo será más fácilmente sancionable, que el error espontáneo, pues, al error *provocado* se le tendrá

que prevé por el contrario un nuevo deber de información precontractual que no recae sobre la estimación del valor de la prestación» [Artículo 1139» (2016), p. 91].

²⁸⁷ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

²⁸⁸ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

²⁸⁹ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

²⁹⁰ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 267.

²⁹¹ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 266.

²⁹² CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138 y 1139» (2016) 327, p. 267, y, 329, p. 269. Finalmente (tras todo lo que he indicado en el cuerpo del texto) CHANTEPIE/LATINA preguntan: ¿es el anochecer de los «buenos negocios»? Apuntan, que la prueba del carácter intencional de la reticencia adquiere una importancia cardinal, y así, en la separación entre la negligencia y la voluntad de engañar, que demandan la aplicación alternativa entre los artículos 1112-1 y 1137 CCF, el primero es mucho más restrictivo que el segundo.

En la segunda edición de sus comentarios (de 2018), CHANTEPIE/LATINA ofrecen más consideraciones sobre lo indicado en el anterior párrafo. Los autores afirman la incompatibilidad entre los artículos 1137, en su redacción originaria por la *Ordonnance n.º 2016-131*, y 1121-1 CCF. Y razonan: «¿Era coherente, por un lado, afirmar que los contratantes no tenían obligación de informar sobre el valor de la prestación (art. 1112-1.II CCF) y por otra parte, permitir sancionar, dentro del terreno de la reticencia dolosa, a aquel que hubiere retenido una información sobre el valor, información que nadie podría ignorar de su carácter determinante, al menos en principio, del consentimiento de las partes? Desde luego, algunos habían podido sostener que la reticencia dolosa tenía lugar si el autor de la reticencia había tenido la intención de engañar. Pero, un contratante ¿habría realmente podido pretender no haber transmitido la información sobre el valor por inadvertencia o por torpeza, y no por engañar a su cocontratante y adquirir una cosa a un bajo precio? Se ve que la visión liberal del contrato, que permite hacer “buenos negocios”, consagrada en materia de obligación de información, era incompatible con la concepción “más solidaria” del contrato, que los redactores de la *Ordonnance [n.º 2016-131]* habían decidido consagrar, de modo deliberado, ampliando el perímetro del dolo» [(2018) 327, p. 280].

siempre por excusable y permitirá la nulidad, *incluso si recae solo sobre el valor* o sobre los simples motivos. Añaden, *que el texto del artículo 1113-3 AP Catala reserva la mentada norma solo para el caso del error «provocado» por el dolo, lo que, stricto sensu, significa su no generalización a la reticencia dolosa*. Según Lequette/Loiseau/Serinet, tácitamente, el artículo 1113-3 AP Catala conduce a la ratificación de la jurisprudencia Baldus, *si, al menos, se quiere hacer una lectura literal del precepto*²⁹³.

[53] *En cuanto a los contratos que se perfeccionen entre el 01.10.2018 y en adelante*, a ellos se les aplica el artículo 1137.III CCF, según el cual *no constituye dolo el hecho de que una parte no revele a su contratante su estimación del valor de la prestación* (vigencia, pues, de la jurisprudencia Baldus)²⁹⁴. Tras la *Loi n.º 2018-287*, los artículos 1112-1.II, 1137 y 1139 CCF se encuentran *coordinados*²⁹⁵.

Ahora bien, y con ello entro al análisis de la *segunda cuestión* que planteé *supra* [51] –la de si la norma del art. 1137.III CCF posee un carácter *absoluto*, aplicable *en todo caso*–. Para Deshayes/Genicon/Laithier, *si ello fuera así*, sería una norma *demasiado rígida*²⁹⁶. Los autores recuerdan que la jurisprudencia *Vilgrain*, que expuse *supra* [23], equilibraba a la de *Baldus*²⁹⁷. Y *Vilgrain dejaba cierto espacio para que la reticencia dolosa sobre el valor de la prestación subsistiera en relaciones marcadas por una relación de lealtad particularmente reforzada*²⁹⁸. Dado que ni el artículo 1137.III CCF, ni el artículo 1112-1.II CCF se refieren a *Vilgrain*, podría estarse tentado de considerar su desaparición, pero, Deshayes/Genicon/Laithier entienden que sería *lamentable que un párrafo*

²⁹³ LEQUETTE/LOISEAU/SERINET (2005), p. 21. Por mi parte, añado que frente a la expresión «error provocado por dolo» del artículo 1113-3 AP Catala, en el artículo 1138 P Ordonnance 2015 se emplea la de «error que resulta del dolo», expresión esta última recogida en el artículo 1139 CCF (al respecto *supra* nota 236 y [41] en caja más pequeña).

²⁹⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), pp. 238-239.

²⁹⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

CHANTEPIE/LATINA explican, que advertida la incoherencia entre el artículo 1137 CCF en su redacción inicial por la *Ordonnance n.º 2016-131* y el artículo 1112-1 CCF, el Parlamento, aprovechando la ratificación de la *Ordonnance n.º 2016-131*, decidió corregir aquel artículo 1137 CCF. Había dos posibilidades. Una *maximalista* consistente en *reconectar* la reticencia dolosa con la obligación legal de información del artículo 1112-1 CCF. La otra *minimalista* consiste en *excluir* toda disimulación intencional relativa al valor de la prestación. CHANTEPIE/LATINA apuntan que la lealtad contractual no salió ganando y el Parlamento añadió un tercer párrafo al artículo 1137 CCF, *corrigiendo la incoherencia existente entre los artículos 1112-1 y 1137 CCF*, al tiempo de que se mantenía el campo parcialmente divergente entre la obligación legal de información y la reticencia dolosa. Según CHANTEPIE/LATINA, a un contratante se le puede reprochar una reticencia dolosa en relación con una información que no tenía obligación de transmitir sobre el terreno del artículo 1112-1 CCF, siempre que se demuestre su intención dolosa. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2018) 327-1, p. 281; *vid.* 321, pp. 262-263].

²⁹⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

²⁹⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

²⁹⁸ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

–el III del art. 1137 CCF– *añadido solo con la finalidad de tranquilizar a los intérpretes acerca del mantenimiento de Baldus, llevará a la desaparición de Vilgrain* (además, *Vilgrain nunca había sido cuestionada*)²⁹⁹. Según Deshayes/Genicon/Laithier, puede pensarse que el legislador, razonando a partir del tipo contractual *abstracto*, simplemente entendía que estaba disponiendo una *regla general* –a la cual obliga la economía de mercado, de confrontación entre intereses particulares– y *no prejuzgaba* la posible *excepción* cuando existiere una *lealtad fuerte* entre las partes –asociación, colaboración entre intereses particulares–³⁰⁰. La confrontación entre *Baldus* (no hay que informar sobre el valor) y *Vilgrain* (hay que informar sobre el valor) supone aplicar *diferente regla según que las informaciones, que permiten la estimación económica de la prestación, sean accesibles a todos* –*Baldus*; las partes negocian en situación de igualdad– *o dichas informaciones se encuentren reservadas a uno de los protagonistas por disponer de un acceso privilegiado* –*Vilgrain*–³⁰¹. *De ahí que pueda tolerarse que un individuo no desengañe al que hizo una mala estimación económica de algo común, o que no revele una estimación fruto de sus esfuerzos (incluso de sus gastos) y que la otra no ha hecho*³⁰². *En cambio, si existe una relación de confianza muy marcada, se impone, teniendo en cuenta las circunstancias, que se compartan los privilegiados elementos de la estimación, no siendo legítimo guardarlos para uno mismo*³⁰³. *Y esas dos variables –la facilidad y el mérito (el esfuerzo) en el acceso a la información sobre el valor de la prestación; la naturaleza de la relación de confianza entre los protagonistas– han de pesar a la hora de aplicar el artículo 1137.III CCF*³⁰⁴.

²⁹⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

³⁰⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

³⁰¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

³⁰² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

³⁰³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239.

³⁰⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1137» (2018), p. 239. Antes de que publicaran la segunda edición de sus *Comentarios* de 2018, DESHAYES/GENICON/LAITHIER ya consideraban que el artículo 1137 CCF indicaba, tras la *Loi n.º 2018-287* y para la retención dolosa, que no existe dolo si una parte guarda silencio sobre el valor de la prestación del otro. Esto es, se consagraba la jurisprudencia *Baldus* y con ello, la *Loi n.º 2018-287* solucionaba la duda surgida por la confrontación entre el artículo 1112-1 CCF, que excluye todo deber de información acerca de la estimación del valor de la prestación, y los artículos 1137 (anterior) y 1139 CCF, que dejaban una puerta abierta a la retención dolosa en relación con la información sobre la estimación del valor de la prestación. *Ahora*, con la *Loi n.º 2018-287*, dicha puerta es cerrada con carácter general. No obstante, DESHAYES/GENICON/LAITHIER se preguntan si la susodicha puerta no podría de nuevo abrirse, cuando entre las partes haya una obligación de lealtad reforzada (como admite la jurisprudencia en *Vilgrain*, al imponer al dirigente social que revele a sus asociados la estimación de derechos sociales de los que dispone). [*SJ* (2018) 7, p. 889; *vid.* además nota 27 que remite a la 24].

3.2.5. EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL: ¿SIGUE VIGENTE LA DISTINCIÓN? LA APRECIACIÓN *IN CONCRETO* DEL DOLO. EL MAYOR CAMPO OPERATIVO DEL DOLO FRENTE AL ERROR. LA IRRELEVANCIA DEL ERROR INEXCUSABLE

[54] Según el artículo 1130.I CCF, el dolo vicia el consentimiento, si, sin él, una de las partes *no hubiera contratado, o hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes* (se trata del carácter *determinante* del dolo)³⁰⁵. Evidentemente, por incluir el artículo 1130.I CCF el supuesto en el que la víctima del dolo hubiera contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes, su tenor literal es *más amplio* que el del derogado artículo 1116.I CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) y que solo incluye el supuesto en el que la víctima del dolo no hubiera contratado. Exigiéndose que el dolo sea determinante, *se preserva la seguridad de las transacciones*³⁰⁶.

[55] *Novedad* del artículo 1130.I CCF es su expresa alusión al *dolo incidental*³⁰⁷. Ahora bien, apuntan Deshayes/Genicon/Laithier, queda por saber *qué tratamiento jurídico da la Ordonnance n.º 2016-131 a dicho dolo*³⁰⁸, no habiendo unanimidad en los pareceres.

Para algunos, del artículo 1130.I CCF se deduce la «*neutralización de la teoría del dolo incidental*» –teoría clásica que *excluye* la nulidad del contrato por dicho dolo, siendo su *única sanción* la indemnización de los daños y perjuicios o una revisión del precio (al respecto *supra* [25], [39])³⁰⁹– y *se neutraliza porque el artículo 1130.I CCF rehusa tratar de modo diferente al dolo principal y*

³⁰⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER apuntan que, inspirándose en una célebre sentencia sobre el error («Cass. civ., 28 janv. 1913»), el artículo 1130.I CCF impone a los tres vicios del consentimiento (error, *dolo* y violencia) una exigencia común para que tengan impacto: ha de probarse que, en su ausencia, «una de las partes no habría contratado o habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes». Dicha condición se resume en el artículo 1130.II CCF como la del «carácter determinante» del vicio. Los autores explican que el carácter determinante del vicio evoca la famosa «investigación (...) del condicional pasado», por la cual el juez, para convencerse de que el impacto precontractual invocado ha efectivamente distorsionado la decisión de una de las partes, reconstituye ficcionalmente la que habría sido su voluntad, si el incidente en cuestión no hubiera tenido lugar. [«Artículo 1130» (2018), p. 206, y nota 237].

³⁰⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 206.

³⁰⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207; por ejemplo, el comprador habría ciertamente comprado, pero menos caro.

³⁰⁸ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207.

³⁰⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207. Apuntan el desprestigio en que, desde hace tiempo, se encuentra la teoría clásica, dada su artificiosidad –no es realista distinguir la voluntad de contratar considerada abstractamente, de la voluntad de contratar en unas dadas condiciones– y la jurisprudencia ya la había condenado (en la nota 243 mencionan «Cass. 3^e civ., 22 juin 2005», de la que di cuenta *supra* [26] [A]; *vid. supra* [26]).

al incidental, aplicándose a ambos la nulidad del contrato³¹⁰. Chantepie/Latina opinan así. Afirman que el mayor aporte del artículo 1130.I CCF es la *implícita condena de la distinción entre el dolo principal y el incidental*, frente al derogado artículo 1116.I CCF (al respecto *supra* [25])³¹¹. Con el artículo 1130.I CCF, el dolo principal y el incidental –esto es, el dolo *determinante*– son causa de *nulidad relativa* del contrato³¹². En similar línea se manifiesta Mauger-Vielpeau³¹³.

Sin embargo, Deshayes/Genicon/Laithier *discrepan* de la anterior tesis. Señalan que ha de determinarse *qué se entiende por dolo incidental*, lo cual clarifica el artículo 1130.I CCF³¹⁴. Este artículo prevé el supuesto en que una de las partes «habría contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes», supuesto *asimilado* a aquel otro en el que una de las partes «no habría contratado», considerándose en ambos casos el contrato nulo³¹⁵. Luego, *a contrario*, puede entenderse que el contrato *no podrá ser totalmente nulo*, si la parte afectada hubiera consentido en condiciones *ligeramente* diferentes, o para ser más exactos, en condiciones *no sustancialmente* diferentes³¹⁶. *En definitiva*, según Deshayes/Genicon/Laithier, el artículo 1130.I CCF permite distinguir las dos siguientes figuras. *Una*, el dolo que lleva al contratante a consentir en condiciones *sustancialmente* distintas, *que no es dolo incidental, sino una variante del dolo principal y como tal ha de tratarse* (permite la nulidad *total* del contrato). *La otra*, el dolo que modifica *de modo secundario* al contrato, *verdadera hipótesis de dolo incidental*, que

³¹⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207.

³¹¹ CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, p. 242. Recuerdan que la *jurisprudencia*, tras haber recibido la distinción dolo principal e incidental, parecía haberla abandonado («Civ., 3^e, 22 juin 2005»; sobre ella, *supra* [26] [A]) y la *doctrina* la consideraba imperfecta por el carácter artificial de distinguir entre la voluntad global de contratar y la voluntad de contratar en ciertas condiciones, en particular a un determinado precio (*vid. también supra* [26]). *Vid. además*, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 330, p. 269.

³¹² CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, p. 242.

³¹³ MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1130» (2016), p. 82. La explicación de que una de las partes no habría contratado se corresponde con el dolo principal, y la de que habría contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes, al dolo incidental, justificando ambos dolos la nulidad del contrato. El autor señala que no se trata de una nueva solución, pues la había consagrada la *jurisprudencia* («Cass. 3^e civ., 22 juin 2005»; sobre ella, *supra* [26] [A]). Señala que corresponderá al juez apreciar qué son esas condiciones *sustancialmente* diferentes.

³¹⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207.

³¹⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 207 (la cursiva del *sustancialmente* es negra en el original); «ello se deduce por la combinación de los artículos 1128.1^o, 1131 y 1178, párrafo primero».

³¹⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), pp. 207-208. Ilustran como dolo incidental, el del comprador de una casa al borde de un lago, al que se le ha hecho creer que tenía permiso para disponer de un pontón privado. Su posterior descubrimiento de que el pontón no puede utilizarse, por infringir normas urbanísticas, no permite considerar que aquél no hubiera comprado la casa, pero sí, que habría pagado *ligeramente* algo menos caro.

*no permite la total nulidad y, sin poder concebirse que permanezca sin sanción, esta consiste en la indemnización de daños y perjuicios, incluso, en la reducción del contrato (por ejemplo, la supresión de una cláusula)*³¹⁷.

Chantepie/Latina –para quienes apunté que entienden el art. 1130 CCF en el sentido de que dispone la misma solución para el dolo principal y para el incidental, la de la nulidad relativa del contrato– también advierten que el artículo 1130.I CCF *especifica* no haber contratado en condiciones *sustancialmente* diferentes³¹⁸. *Para la diferencia no sustancial, que no permite la nulidad del contrato y sí la indemnización de daños y perjuicios, Chantepie/Latina consideran que, para eso, no hay necesidad de la noción de dolo incidental; a la víctima le basta probar que la culpa del contratante, cuando concluyó el contrato, le ha causado un perjuicio con fundamento en el artículo 1240 CCF (responsabilidad extracontractual; al respecto infra [66])*³¹⁹.

[56] El artículo 1130.II CCF ordena además, que para la apreciación del carácter determinante del dolo *se tengan en cuenta a las personas y a las circunstancias en las que estas dieron su consentimiento* (el dolo se aprecia *in concreto*)³²⁰. *Con el límite temporal de la conclusión del contrato, el juez tendrá presente toda circunstancia cuya naturaleza permita esclarecer la psicología de la víctima del dolo y toda particularidad de su interna deliberación* –su edad, sus expectativas, incluso las atípicas, su vulnerabilidad o singulares fuerzas, su condición de profano/conocedor, profesional/consumidor, profesional del mismo/de diferente ramo, etc.; sus experiencias, incluida su historia personal, etc.–³²¹. Lo anterior

³¹⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 208. Añaden, que su distinción tiene el peligro de derivar en la pura y simple apreciación judicial de la oportunidad de la nulidad, pues, frecuentemente, será difícil fijar si tal o cual elemento del acuerdo, objeto del vicio, fue o no sustancial en la psicología de la víctima; el juez intentará un análisis objetivo, consistente en la apreciación de si el vicio es lo suficientemente grave como para justificar la extinción de todo el contrato, o más bien merece mejor la sanción de la indemnización de daños y perjuicios.

³¹⁸ CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, pp. 242-243.

³¹⁹ CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1130» (2016) 296, p. 243.

³²⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 209; CHANTEPIE/LATINA (2016) 297, p. 243; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1130» (2016), p. 82.

³²¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER destacan que la *Ordonnance n.º 2016-131 generaliza* una directriz que el antiguo texto del *Code civil* solo enunciaban para la violencia; dicha generalización se lleva a cabo a través de *una formulación más amplia y permitiendo aprehender cualquier pertinente factor en la apreciación* [«Artículo 1130» (2018), p. 209]. El *derogado* artículo 1112 CCF, en el que están pensando los autores, disponía: «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent./ *On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes*» (cursiva mía).

En cambio, MAUGER-VIELPEAU justifica de otro modo la norma del artículo 1130.II CCF: considera que la apreciación, hecha en dicho artículo, se admitía hacía bastante tiempo para el error y el dolo; para la violencia, destaca la interna contradicción existente

revela el tradicional apego del Derecho francés *a la voluntad interna*³²². El artículo 1130.II CCF *prohíbe* que la apreciación del carácter determinante del dolo *se haga por referencia al modelo abstracto del hombre medio y normalmente diligente*³²³.

[57] Según el artículo 1139 CCF, *el error que resulta de un dolo siempre es excusable*³²⁴ *y es causa de nulidad incluso si recae sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo contractual*. Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que el artículo 1139 CCF recoge tres soluciones firmemente establecidas en la jurisprudencia y en la doctrina, consistentes en que dichos errores –el inexcusable, el que recayó sobre el valor de la prestación o sobre un simple motivo contractual– indiferentes si se encuadran en el error vicio –que regulaba el derogado art. 1110 CCF y ahora se hace en

entre el párrafo I del derogado artículo 1112 CCF, referido a la persona razonable (apreciación objetiva) y su párrafo II, con un acercamiento más concreto. La contradicción del derogado artículo 1112 CCF la había salvado la jurisprudencia en favor del párrafo II («Cass. req., 17 nov. 1925, S. 1926»); en suma, el artículo 1130.II CCF acoge una apreciación subjetiva del carácter determinante del vicio para los tres vicios del consentimiento. [«Artículo 1130» (2016), p. 82]. Sobre la contradicción entre los párrafos I y II del derogado artículo 1112 CCF y la prevalecía del párrafo II sobre el párrafo I por parte de la jurisprudencia, FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 219, p. 226, y BOSCH CAPDEVILA, *RCDI* (2009), p. 79.

Por otro lado, DESHAYES/GENICON/LAITHIER advierten que en la *P Ordonnance 2015*, para apreciar el carácter determinante del vicio del consentimiento –del dolo, que es el que me interesa– se especificaba «*eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce*» (se refieren al art. 1130 *P Ordonnance 2015*, que transcribí *supra* nota 231). Frente a ello, la *versión definitiva* del artículo 1130.II CCF *solo* se centra en las circunstancias existentes cuando la celebración del contrato. Esto último supone un acercamiento más restrictivo, a fin de evitar que el juez tenga en cuenta circunstancias posteriores a la formación del acuerdo que, por equidad, tuviera la tentación de considerar. Es además, una forma implícita de recordar que, conforme a la jurisprudencia anterior, el carácter determinante del vicio se aprecia en la fecha de la conclusión del contrato. (pp. 209-210).

Según CHANTEPIE/LATINA: «El profano, el frágil, el cándido pueden pues esperar una protección adaptada a su carácter [...]» [(2016) 297, p. 243].

³²² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 210.

³²³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1130» (2018), p. 210. Consideran más pertinente la apreciación *in concreto para el dolo* y la violencia, que para el error. En el clásico conflicto, de difícil solución, entre proteger a la víctima o al cocontratante (tras el que se encuentra la estabilidad de las convenciones), la protección a la víctima es más importante que la protección al cocontratante, *cada vez que el vicio pueda imputarse a la culpa de este último*.

³²⁴ En relación con la reticencia dolosa, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, teniendo presente la interrelación entre el deber de informar y el deber de informarse, y considerando la firmeza del texto del artículo 1139 CCF cuando prescribe que el error provocado por dolo *siempre* es excusable, apuntan que, cuando los jueces consideren oportuno *descartar* la nulidad del contrato, quizás, más que utilizar el concepto de error inexcusable, empleen el de «error inconcebible», o incluso más expeditivamente rehúsen la propia existencia del error. Ello sería el único límite al artículo 1139 CCF, que aislaría, en el seno de los errores inexcusables, el caso particular del error tan grosero que, incluso, no se concibe y debe ser denegado. [«Artículo 1139 CCF» (2018), p. 247, pero *vid. desde* p. 245].

Para el Derecho anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131, supra* [24].

los arts. 1132, 1135 y 1136 CCF³²⁵– *si fueron fruto del dolo, no son errores indiferentes*³²⁶. En tales casos, la *preocupación* de preservar los intereses del que contrató, con el que erró, *no tiene lugar* y se *sustituye* por la voluntad de *sancionar* al que deliberadamente provocó el error, y en esta *mayor extensión de la nulidad por dolo, frente a la del error, reside uno de sus mayores atractivos en la práctica*³²⁷.

Apuntado lo anterior, he de recordar para la *reticencia dolosa* sobre el valor de la prestación la excepción que el párrafo III del artículo 1137 CCF dispone fruto de la *Loi n.º 2018-287* (esto es, que «no constituye dolo el hecho de que una parte no revele a su cocontratante su estimación del valor de la prestación»; al respecto *supra* [51]-[53])³²⁸.

³²⁵ a) Artículo 1132 CCF: «L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant» [sobre él, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] c), p. 745].

b) Artículo 1135 CCF: «L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement./ Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité» [sobre él, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] f), p. 747].

c) Artículo 1136 CCF: «L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité» [sobre él, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] g), p. 747].

Para el Derecho anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131, supra* [22] y nota 152 (para el error sobre el valor de la cosa o de la prestación) y [28] y nota 193 (para el error sobre el motivo). El derogado artículo 1110 CCF lo transcribí *supra* nota 89.

³²⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2018), p. 244. Según CHANTEPIE/LATINA, el artículo 1139 CCF enuncia que todos los errores, resultado de un dolo, deben permitir la nulidad relativa del contrato, hayan sido excusables o no, recaigan sobre las cualidades esenciales de la prestación o de la persona del cocontratante, o sobre su valor, o sobre los simples motivos [«Artículos 1137, 1138, 1139 CCF» (2016) 329, pp. 268-269].

³²⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1139» (2018), p. 244; consideran que el atractivo del dolo, frente al error, es incluso mayor en la vigente regulación del *Code civil*, que en la antigua. Según CHANTEPIE/LATINA, la restricción del perímetro de los errores susceptibles de entrañar la nulidad del contrato pierde, en efecto, su razón de ser, cuando el error es el resultado de la deslealtad del contratante; si todos los errores resultado de un dolo son excusables y nunca indiferentes, es porque el autor del dolo cometió un engaño, es decir, una culpa que el sistema jurídico considera más grave, que la de la víctima; no ha lugar a tomar en cuenta los intereses del que contrata con la víctima del dolo, ni a limitar la consideración del error. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 329, pp. 268-269].

³²⁸ De ahí que DESHAYES/GENICON/LAITHIER *advertan y recuerden* para los contratos celebrados a partir del 01.10.2018, el *distinto trato* que se da a la *reticencia dolosa* sobre el valor de la prestación –aplicación de la solución de la jurisprudencia *Baldus*, esto es, la validez del contrato (art. 1137.III CCF)– y al *dolo por acto positivo*, sea este mediante *mentira*, sea mediante un *subterfugio*, como haber creado falsos documentos contables –que es causa de nulidad contractual (art. 1139 CCF)–. *El artículo 1137.III CCF marca el límite de la asimilación del silencio al dolo*. [«Artículo 1139 CCF» (2018), p. 245].

3.2.6 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE

[58] *Teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 1137.I CCF*, para que el dolo permita anular el contrato, *ha de haberlo llevado a cabo uno de los contratantes*. Tal norma *no supone novedad*, si comparo con el tenor literal del derogado artículo 1116.I CCF (que transcribí *supra* [13] [A]; al respecto [30])³²⁹.

[59] Por su parte, *el artículo 1138 CCF aclara algo* para lo que el derogado artículo 1116 CCF nada disponía (y que transcribí *supra* [13] [A]) y la aclaración consiste en que *hay igualmente dolo (dolo de parte)*, si este proviene *del representante, del gestor de negocios, del encargado (auxiliar) o del «porte-fort»* (párrafo I); *también hay dolo (dolo de parte)*, si este proviene de un *tercero de connivencia* (párrafo II)³³⁰. *En tales supuestos se podrá anular el contrato*. A través del artículo 1138 CCF solo se busca superar la ambigüedad en la aplicación del artículo 1137 CCF: esto es, *saber si los sujetos mencionados en el artículo 1138 CCF son contratantes en el sentido del artículo 1137 CCF*³³¹. Además, *el artículo 1138 CCF viene a incorporar a la ley –al Code civil– los tradicionales límites (el alcance) que doctrina y jurisprudencia habían entendido aplicables a la regla de la no impugnación del contrato por el dolo de tercero* (al respecto *supra* [33])³³².

³²⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240. La regla no prejuzga la posibilidad de que la víctima del dolo se dirija contra el tercero, exigiendo su responsabilidad civil.

³³⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER critican la redacción del artículo 1138 CCF, pues, tratándose del comportamiento de un tercero, la cuestión no es si constituye dolo –*se supone que lo es*– sino saber *si es causa de nulidad* [«Artículo 1138» (2018), p. 240].

En cuanto al «*porte-forte*», mentado en el artículo 1138.I CCF, de conformidad con el artículo 1204 CCF, se trata de una persona que promete el *hecho* de un tercero (promitente), liberándose el mismo de toda obligación si el tercero cumple el hecho prometido, pero, si no lo cumple, dicho promitente puede ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios del beneficiado por la promesa. Además, *cuando la promesa tenga por objeto la ratificación de una vinculación*, esta es válida, con carácter retroactivo, a la fecha en la que el promitente la suscribió. El tenor literal del artículo 1204 CCF es: «On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers./ Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts./ Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement valide à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit». Sobre los diferentes tipos de «*porte-fort*» y sus efectos, DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1204» (2018), pp. 491-492. *Vid.*, al respecto, CABRILLAC (2020) 140, pp. 142-143.

El derogado artículo 1120 CCF disponía: «Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement».

³³¹ Así lo consideran DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240.

³³² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), pp. 240-241. CHANTEPIE/LATINA recuerdan que la *Cour de Cassation* había decidido que, si el tercero es el representante del contratante, su «*porte-fort*», o su gestor de negocios, *dicho contratante había de asumir el dolo de tercero*, a lo cual la *Ordonnance n.º 2016-131* añade otra hipótesis: el dolo cometido por el encargado (auxiliar) del contratante. *Aun siendo inocente*,

Más allá de lo anterior, el artículo 1138 CCF *no menciona* la posibilidad de que la víctima del dolo de tercero, *que no puede impugnar el contrato por dicho dolo, se ampare en el error vicio, que, tras la Ordonnance n.º 2016-131, se regula en los artículos 1132 a 1136 CCF*³³³ (en cuanto al Derecho anterior a dicha *Ordonnance*, *supra* [33]). Deshayes/Genicon/Laithier entienden que *no es necesario que el artículo 1138 CCF mencione la posible impugnación contractual mediante el vicio de error, ya que se trata de algo evidente*³³⁴. Por su parte, Chantepie/Latina se refieren a la posible impugnación contractual por el vicio de error, *como una atenuación de la regla de que el dolo de tercero no permite impugnar*, explicando las distintas posibilidades que pueden plantearse³³⁵.

[60] Pero hechas las anteriores indicaciones, lo cierto es que *ningún texto de la Ordonnance n.º 2016-131 proclama, positiva y propiamente, que el dolo de tercero no es causa de nulidad contractual*³³⁶. Deshayes/Genicon/Laithier obtienen la norma de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 1138.II CCF: cuando en este se prevé que hay dolo, si el mismo proviene de todo tercero de connivencia, *se está sugiriendo que el dolo de tercero –esto es, el dolo que proviene de quien no es un tercero de connivencia– no es causa de nulidad contractual*³³⁷. Chantepie/Latina obtienen la apuntada norma de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 1137.I CCF³³⁸.

dicho contratante ha de sufrir la anulación del contrato. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265].

³³³ Transcribí los artículos 1132, 1135 y 1136 CCF *supra* nota 325.

En cuanto al artículo 1133 CCF, este dispone: «Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté./ L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie./ L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité».

Y según el artículo 1134 CCF: «L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne».

Para los artículos 1133 y 1134 CCF, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) [288] *d*) y *e*), pp. 745-746.

³³⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), pp. 240-241.

³³⁵ CHANTEPIE/LATINA explican que si el error provocado por el tercero recae sobre una cualidad *esencial* de la prestación o sobre aquellas del contratante, la víctima puede obtener la nulidad del contrato por *error espontáneo*; en cambio, si el error recae sobre una cualidad que el otro contratante *no conocía que fuera esencial, o recae sobre un error indiferente* (arts. 1135 y 1136 CCF, que transcribí *supra* nota 325), la víctima del dolo de tercero habrá de cumplir el contrato y podrá exigir del tercero la reparación extracontractual de los daños y perjuicios que dicha ejecución le haya causado. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 324, p. 264].

³³⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240.

³³⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 240.

³³⁸ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 323, p. 264. Entre el imperativo de la *justicia contractual*, que permite liberarse a la víctima de un contrato que lo concluyó por un error provocado, y el de la *seguridad jurídica*, que postula el manteni-

[61] *Entrando en el análisis de los concretos supuestos previstos en el artículo 1138.I CCF*, sobre el representante del contratante, Deshayes/Genicon/Laithier apuntan que sus actuaciones dolosas deben considerarse como del mismo mandante, pues el primero es una especie de *alter ego* del segundo³³⁹. Parecida solución, y por la misma razón, se dispone para el *encargado (auxiliar) del contratante*³⁴⁰. Más delicado de justificar son los supuestos del *gestor de negocios* y del «*porte-fort*»: aquí, estos actúan sobre los intereses del contratante, *lo que este último desconoce*, e ignorando toda esa intervención, se le imputa el dolo (y el contrato puede impugnarse)³⁴¹. Para Deshayes/Genicon/Laithier, probablemente su justificación se encuentre en que la intervención de dichos sujetos *es un riesgo que ha de pesar sobre aquel a quien beneficia la operación*³⁴².

El contratante, que sufre la anulación del contrato por la actuación de las personas antes señaladas, podrá eventualmente dirigirse contra ellas y exigirles el perjuicio derivado de la anulación³⁴³.

[62] *Sobre el tercero de connivencia del artículo 1138.II CCF*, se trata de una expresión *inusual*, pues la doctrina francesa se referiría, normalmente, al *tercero cómplice* del contratante (al respecto *supra* [33])³⁴⁴. *¿Qué alcance tiene (cuál es el supuesto máximo de) la connivencia en el artículo 1138.II CC? O planteándolo de otro modo, además del supuesto de la complicidad entre el contratante y el tercero, ¿se incluye aquel otro supuesto en el que el contratante conoce, o debería conocer, del dolo de tercero?* Hay dispares respuestas, lo que incide en el importante efecto jurídico de admitir, o no, la posible anulación contractual por dolo.

[A] *Consideraciones generales y otros Derechos.*—Pero antes de responder, conviene que me acerque a *algunos Derechos europeos nacionales*, ofreciendo una escueta panorámica, panorámica precedida de unas *previas consideraciones generales*. Recuerdo, además, que *supra* [33] [B] me referí al tratamiento jurídico que los Principios UNIDROIT 2016 y los PECL hacen del dolo de tercero y su incidencia a propósito de la anulación del contrato.

miento del contrato para que los intereses del contrante inocente no se sacrifiquen, *el sistema jurídico francés opta, desde hace tiempo, por la seguridad*.

³³⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 241.

³⁴⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), pp. 241-242.

³⁴¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242.

³⁴² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242.

³⁴³ CHANTEPIE/LATINA, «Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265.

³⁴⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 241. Según CHANTEPIE/LATINA, la fórmula «d'un tiers de connivence» no es muy explícita [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265]. Por otro lado, *supra* nota 235, puede constatarse que en los artículos equivalentes al artículo 1138 CCF, del *AP Catala*, del *P Terré* y de la *P Ordonnance 2015* no se emplea esa fórmula «d'un tiers de connivence».

[B] En las *previas consideraciones generales*, es oportuno recordar que en el Derecho romano el dolo era un delito y *su pena tenía carácter personal*, no dando lugar inicialmente a la invalidez del contrato³⁴⁵. En cuanto al dolo de tercero, en el Derecho romano se adoptó un planteamiento restrictivo, dado que dicho dolo excluía la invalidez contractual y señala Lhosse, *fueron muy pocas las codificaciones que adoptaron ese acercamiento restrictivo*³⁴⁶. Entre esas pocas codificaciones, Lhosse incluye a los vigentes artículos 1137 CCF y 1269 CC, si bien advierte que los Tribunales franceses y españoles han permitido la anulación, *si la otra parte sabía del engaño del tercero y se aprovechó de ello*³⁴⁷. En cambio, sigue diciendo Lhosse, *la mayoría de las codificaciones continentales equilibraron el interés del perjudicado por el dolo –para este, el engaño de tercero le supone un vicio del consentimiento que, como principio, le permitiría anular el contrato– y el interés de la otra parte –esta confía en la validez del contrato y de ahí, que para que el perjudicado por el dolo pueda anular el contrato se hayan de exigir más requisitos, que el de su estado mental–*³⁴⁸. En orden a tener en cuenta la confianza del otro contratante en la validez del contrato, *comúnmente se acepta que el perjudicado por el dolo de tercero no puede anular el contrato, si la otra parte no conoció, ni debía conocer de ese dolo de tercero*³⁴⁹. Desde la perspectiva de la confianza en el contrato, *es claramente justo que la anulación del contrato sea posible si el otro contratante conoció del comportamiento del tercero (o incluso, si tomó parte en él), pues, obviamente, su conocimiento le prohíbe invocar cualquier confianza*³⁵⁰.

Ahora bien, sentando lo anterior, *la siguiente cuestión que surge es, si ha de concederse al perjudicado por el dolo de tercero el derecho a anular el contrato, si la otra parte, simplemente, debió haber conocido del comportamiento del tercero y a esto, apunta Lhosse, es más difícil de responder*³⁵¹. Al respecto, Lhosse indica que entre los sistemas jurídicos nacionales *no hay acuerdo sobre*

³⁴⁵ Sobre la posibilidad de la anulación en el Derecho romano, CARRANZA expone: «Vale la pena recordar que el dolo, concebido como los manejos engañosos no constituían, originariamente en Roma, causa de invalidez de acto. Esa ineficacia advino recién hacia fines de los tiempos de la República, por creación del Derecho honorario, y se llegaba a ella por vía de excepción (“exceptio doli”), contenida en el principio de la “bona fides” ínsita en toda fórmula procesal. Es decir, que si en la época clásica la excepción hallaba su fundamento en el error desencadenado al sujeto pasivo por el autor del dolo, en los tiempos post-clásicos se amplió el concepto de *dolus* y la “actio de dolo” y la “restitutio in integrum ob dolus” procedían en todos los casos de perjuicios causados por cualquier clase de actos desleales y contrarios a derecho, por lo que puede concluirse que, en la materia, el Derecho Romano evolucionó de una concepción subjetiva (error provocado) a otra más objetiva (protección de la buena fe)» [cursiva mía; ADC (1973), p. 586].

³⁴⁶ LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 4, p. 710.

³⁴⁷ LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) nota 11 en p. 710.

³⁴⁸ LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 4, pp. 710-711; señala que lo mismo es, en esencia, verdad para el Derecho inglés.

³⁴⁹ LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711. Vid. ZWEIGERT/KÖTZ (1998), p. 428 (además, desde p. 427). Sin perjuicio de lo que en el cuerpo del texto he indicado y seguiré indicando sobre el dolo de tercero desde la perspectiva del Derecho comparado, vid. KÖTZ (2017), pp. 182-184.

³⁵⁰ LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

³⁵¹ LHOSSÉ, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

cuál sea el adecuado equilibrio de intereses, y que, si bien en el vigente Derecho italiano la posible anulación se restringe al efectivo conocimiento del dolo de tercero (art. 1439 CCI, que transcribí supra nota 185), una amplia mayoría de sistemas expresamente permiten la anulación del contrato si hubo negligencia en la otra parte y esto se apoya en buenas razones³⁵². Lhosse apunta que la restricción de la posibilidad de anular el contrato a solo si hay un efectivo conocimiento establece un incentivo engañoso, por cuanto que permite denegar la anulación si se actuó negligentemente en relación con el comportamiento del tercero³⁵³. Por otro lado, algunos efectivos conocimientos ya desempeñan un papel en un estado anterior, justificando la anulación, pues existen deberes de información³⁵⁴. De conformidad con esto último, el derecho de anular sería consecuencia de la infracción de dichos deberes de información, si bien deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso³⁵⁵. Así, por ejemplo, parece difícil de justificar que haya derecho a anular el contrato en caso de dolo de tercero, si la otra parte sabía de ese error pero se le permite callar su información al haberla obtenido a un alto coste³⁵⁶.

[C] En el Derecho alemán, del dolo de tercero se ocupa el § 123 (2) BGB que contiene dos reglas.

La primera regla del § 123 (2) BGB dispone que, «[s]i el engaño procede de un tercero, la declaración que debía emitirse frente a otro [el destinatario de la declaración] solo es impugnabile si este [último] conocía el engaño [del tercero] o debía conocerlo»³⁵⁷ (cursiva mía). Flume apunta que «[l]a declaración no recepticia es anulable “per se” cuando se apoya en un engaño doloso», mientras que en la declaración recepticia «la impugnación sólo es admisible cuando la otra parte ha empleado el dolo o conocía o debía conocer el engaño ejercido por un tercero» (cursiva mía); dicho de modo más preciso para el engaño de tercero, «lo que importa es si el destinatario de la declaración conocía o debía conocer el engaño y su carácter causal respecto de la emisión de la declaración»³⁵⁸. Fijado lo anterior, procede determinar quien no tiene la condición de tercero, por lo que no se aplica la primera regla del § 123 (2) BGB, considerándose que, realmente, el engaño es de la otra parte y lo que se aplica es el § 123 (1) BGB. Sobre ello, Flume informa que

³⁵² LHOSSE, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

³⁵³ LHOSSE, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

³⁵⁴ LHOSSE, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

³⁵⁵ LHOSSE, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

³⁵⁶ LHOSSE, «Artículo 4:111» (2018) 5, p. 711.

³⁵⁷ Trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008) p. 55.

³⁵⁸ FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 638; añade FLUME: «[p]or lo que se refiere al deber de conocer, en principio la otra parte no está obligada a hacer averiguaciones. Como en el § 122.II [BGB], el deber de conocer es un circunloquio para la evidencia. Se trata sobre todo de facilitar la prueba al impugnante».

Según el § 122 BGB: «Deber de resarcir el daño por quien impugna/ [...] / (2) El deber de resarcir el daño no procede si el perjudicado conocía la causa de nulidad o de impugnabilidad o la desconocía por negligencia (debía conocer)» [trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008) p. 55].

«[j]urisprudencia y doctrina admiten, con razón, que la limitación del derecho a impugnar en relación con el engaño de un “tercero” *no es aplicable si el dolo del “tercero” es imputable a la otra parte como si fuera su persona*. Así, en el negocio con un representante carece de importancia para la impugnación que haya sido *el representante o el representado* quien haya realizado el engaño doloso. Esto es también aplicable en el caso de *representación indirecta* y, más aún, en el caso del negocio por *persona interpuesta*» (cursiva mía)³⁵⁹. «*Tampoco los auxiliares de la otra parte son terceros* en el sentido del § 123.II [BGB]» (cursiva mía)³⁶⁰. Y lo mismo, «si una persona celebra dos negocios distintos con diferentes partes, [y] la Jurisprudencia ha admitido que *si los negocios están internamente relacionados y quien es parte en un negocio actúa al mismo tiempo para quien lo es en otro*, su engaño no es el de un “tercero” para la otra parte. El paradigma es el caso de la compra a crédito financiada por una institución de financiación cuando el vendedor y aquella trabajan juntos» (cursiva mía)³⁶¹.

En cuanto a la *segunda regla* del § 123 (2) BGB, esta dispone que «[s]i otra persona *diferente* de aquella frente a la cual debía emitirse la declaración de voluntad [el destinatario de la declaración] ha adquirido un derecho como consecuencia inmediata de la declaración, *se puede impugnar la declaración frente a ella si conocía o debía conocer el engaño*» (cursiva mía)³⁶². Tras recordar lo ordenado por esta *segunda regla* del § 123 (2) BGB, Flume indica, «y, hay que añadir, con mayor razón, si el tercero ha ejercido el

³⁵⁹ FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 638.

³⁶⁰ FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 639.

³⁶¹ FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 639; continúa: «Sobre todo tiene significación práctica el caso en que el vendedor engaña al comprador y la financiera nada sabe del engaño ni tampoco tiene la obligación de saberlo. El comprador puede en este caso impugnar también el acuerdo de préstamo con la institución financiera, porque ésta tiene que dejar valer contra sí el engaño doloso del vendedor igual que el de un auxiliar para el cumplimiento y, con ello, igual que un engaño propio».

ACKERMANN/FRANCK, tras referirse a la *primera regla* del § 123 (2) BGB, apuntan que es indiscutible que una persona, de cuyo comportamiento sea responsable el otro contratante, no tiene la condición de «tercero» a efectos de la *primera regla* del § 123 (2) BGB. El comportamiento doloso (fraudulento) de dicha persona debe tratarse como si lo hubiera realizado el contratante responsable de ella. Por tanto, el contrato se anula al amparo del § 123 (1) BGB, incluso si el contratante responsable de quien cometió el dolo (el fraude) no sabía, ni debía saber de dicho dolo (fraude). Los autores añaden, que en tempranas decisiones, el *Reichsgericht* construyó la categoría de los «no terceros» –de personas cuyo comportamiento se atribuye al contratante, por lo que no son tratados como tercero a efectos del § 123 (2) BGB– y lo construyó de modo restrictivo, sosteniendo que el contratante simplemente respondía de sus agentes y de otras personas a las que hubiera autorizado la negociación del contrato. En posteriores decisiones, el *Bundesgerichtshof* optó por una interpretación más amplia, considerando que la categoría incluye a todas aquellas personas cuyo comportamiento ha de atribuirse al contratante por la particularmente cercana relación entre esas personas y el contratante, o por otras específicas circunstancias del caso. [«Artículos 4:111 PECL y II.-7:208 DCFR, y § 123 (2) BGB» (2014), p. 242].

³⁶² Trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008), p. 55.

engaño»³⁶³. «Como paradigma [de la *segunda regla* del § 123 (2) BGB] se cita generalmente el contrato a favor de tercero»³⁶⁴.

Por último, Flume explica que «[I]a limitación de la impugnación respecto de la declaración recepticia descansa en la consideración de que ha de protegerse la confianza depositada por el destinatario de la declaración en la misma»³⁶⁵.

[D] El *Derecho de los Países Bajos* permite, en ciertos casos, que el dolo de tercero sea relevante. Según el artículo 3:44 (5) BW, si la declaración se hizo por el dolo (el fraude) de un tercero, dicho defecto no permite dirigirse contra la otra parte del acto jurídico *que no tiene razones para asumir su existencia*; por ello, añadido yo, *si la otra parte tiene razones para asumir su existencia, cabrá la impugnación contractual*³⁶⁶.

³⁶³ FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 641.

³⁶⁴ FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 641; continúa: «En el contrato en favor del tercero, sin embargo, se da la peculiaridad de que el tercero beneficiado sólo tiene el derecho si el contrato es válido. Si en el caso del contrato en favor del tercero el obligado sólo tiene derecho a impugnar frente al otro contratante, con la impugnación contra éste también queda sin efecto el derecho del tercero según el § 344 [BGB]».

§ 344 BGB: «Promesa de pena ineficaz/ Si la ley declara ineficaz la promesa de una prestación, también es ineficaz el pacto de una pena para el caso de incumplimiento de lo prometido, incluso si las partes han tenido conocimiento de la ineficacia de la promesa» [trad. LAMARCA MARQUÈS, rev. BECKMANN (2008), p. 107].

³⁶⁵ FLUME, trad. MIQUEL GONZÁLEZ/GÓMEZ CALLE (1998), p. 641.

³⁶⁶ a) Artículo 3:44 BW (trad. española): «5. Si se ha llevado a cabo una declaración por [...] dolo [...] del lado de alguien que no sea parte en el acto jurídico, no puede ser invocado este vicio frente a una parte contraria que no tuviera ninguna razón de suponer su existencia» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

b) Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «5. If a declaration has been made as a result of [...], fraud [...] on the part of a person who is not a party to the juridical act, this defect cannot be raised against a party to the juridical act who had no reason to assume its existence» [trad. WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013), p. 452].

c) HARTKAMP *se limita a indicar* que el artículo 3:44 (5) BW contiene una previsión especial para el caso en el que la declaración se hubiera hecho como resultado de la amenaza, *del dolo (fraude)*, o de la indebida influencia (del abuso de circunstancias) por una persona que no forma parte del acto jurídico, y en tales casos, no podrán invocarse esos defectos contra la parte del acto jurídico que no tiene razones para asumir su existencia [(2015) 87, p. 92].

En cambio, HIJMA ofrece más explicaciones. Advierte que el artículo 3:44 (5) BW se aplica a todo acto jurídico y no solo a los contratos, además de que en el artículo se habla de «una persona». Según HIJMA, el artículo 3:44 (5) BW se diseña como regla de protección de la parte contra la cual se ejercita la anulación. La amenaza, el dolo (el fraude) y el abuso de circunstancias puede cometerlos cualquier persona, pero, cuando la parte contratante no tiene razones para asumir la existencia del defecto, el artículo 3:44 (5) BW *protege su buena fe contra la posibilidad de la anulación*. HIJMA, además, compara el artículo 3:44 (5) BW con el artículo 4:111 PECL (sobre este *supra* [33] [B]) y afirma que, siendo ambas regulaciones muy similares, difieren en su estructura normativa. Ello porque en los PECL se habla de «la otra parte», mientras que el BW se menciona simplemente a «una persona» y por lo anterior, el artículo 4:111 PECL se formula como una extensión y el artículo 3:44 (5) BW adopta la forma de la restricción. Sin embargo, sustantivamente, las diferencias entre los artículos son menores, a salvo quizás la exigencia de que la otra parte no haya actuado confiando en el contrato del artículo 4:111 (2) *in fine* PECL. Según HIJMA, de acuerdo con la práctica del Derecho de los Países Bajos, el último factor mencionado será presumiblemente el más decisivo para los casos en los que el contrato haya sido gratuito. [«Artículos 4:111 PECL y 3:44 BW» (2002), pp. 219-220].

[E] En el *Derecho italiano*, el artículo 1439.II CCI (que transcribi *supra* nota 185) prescribe, que si el engaño lo empleó un tercero, podrá anularse el contrato, *si lo conocía el contratante que lo ha aprovechado. En el conflicto* entre el interés de la parte cuyo consentimiento se captó por dolo, *de desvincularse del contrato*, y el interés de la otra parte que confió en la declaración recibida, *de mantener el vínculo*, Cataudella apunta que se es más favorable al segundo interés (*al del mantenimiento del vínculo*). *Pues, la confianza se tutela, incluso si hay culpa; es decir, que también se tutela si lo hubiera podido evitar aplicando la diligencia ordinaria*³⁶⁷.

[F] En el *Derecho portugués*, el artículo 254.2 CCP dispone que, si el dolo proviene de un tercero, la declaración *solo* es anulable *si el destinatario tenía o debía tener conocimiento de ello*; además, si alguien hubiera adquirido directamente algún derecho en virtud de la declaración, esta es anulable en relación con el beneficiario, si este hubiera sido el autor del dolo, *o si conocía o debía tener conocimiento de él*³⁶⁸.

[G] Y en el *Derecho suizo*, el artículo 28.2 CO ordena que la parte, víctima del dolo de tercero, permanece obligada, *salvo que la otra parte haya conocido o debido conocer del dolo cuando la conclusión del contrato*³⁶⁹.

Retornando al Derecho francés y a la cuestión que dejé planteada sobre el significado del *tercero de connivencia* del artículo 1138.II CCF, para Deshayes/Genicon/Laithier, la connivencia *incluye al contratante que supo de las maniobras del tercero en detrimento de la víctima del dolo y guardó silencio. Ese contratante cometió una reticencia dolosa encuadrable en el artículo 1137.II CCF*. Por otro lado, los mentados autores apuntan (recuerdan) que el supuesto del tercero de connivencia del artículo 1138.II CCF no supone una excepción al artículo 1137 CCF, pues, *el que contrata con la*

³⁶⁷ CATAUDELLA (2019) p. 113 (pero, *vid.* además nota 164 en p. 113).

Por otro lado, y para distinta situación, el artículo 1390 CCI dispone: «Vizi della volontà. Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quando però il vizio riguarda elementi predeterminate dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo». Según IAMICELI, el artículo 1390 CCI indirectamente muestra que, salvo para el caso de la predeterminación para el representante, las reglas sobre los vicios del consentimiento, generalmente aplicables a una parte del contrato, se aplicarán también al representante. Informa, además, que la jurisprudencia aplica dicha regla de un modo bastante restrictivo, considerando crucial el hecho de que el representante actúe en representación y en nombre del principal (representación directa). En cambio, algunos académicos se inclinan por extender la regla del artículo 1390 CCI a los intermediarios o los colaboradores de la parte, incluso aunque estos carezcan de autorización. [«Artículos 4:111 PECL y 1390, 1434 y 1439 CCI» (2005), p. 228].

³⁶⁸ Artículo 254 CCP: «Efeitos do dolo/ [...] 2. Quando o dolo provier de terceiro, a declaração só é anulável se o destinatário tinha ou devia ter conhecimento dele; mas, se alguém tiver adquirido diretamente algum direito por virtude da declaração, esta é anulável em relação ao beneficiário, se tiver sido ele o autor do dolo ou se o conhecia o devia ter conhecido».

³⁶⁹ Artículo 28 CO: «[...] 2. La partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat».

víctima del dolo comete dolo sea por acción con el tercero, sea por omisión suya.³⁷⁰ De modo similar piensan y argumentan Chantepe/Latina, quienes consideran que el *tercero de connivencia* del artículo 1138.II CCF alcanza el supuesto en el que *quien contrata con la víctima del dolo sabe del mismo y guarda silencio*³⁷¹. Por su parte, Mauger-Vielpeau, y Cabrillac, hacen equivalentes el (antiguo y usual) término *cómplice* con la actual expresión del *tercero de connivencia* del artículo 1138.II CCF³⁷². Y Malinvaud/Fenouillet/Mekki, luego de indicar que la regulación del dolo anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131* contrasta con la regulación de los PECL y con la de los Principios UNIDROIT, pues en estos textos se sanciona el dolo del representante, el del que participa en la conclusión del contrato con el acuerdo de la otra parte, y *el dolo de otra persona que, sin vinculación con el contratante, este último conocía o debía conocer* (al respecto *supra* [33] [A] y [B]), afirman que

³⁷⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 241. Sucesivamente desgranando argumentos y contrargumentos a modo de reflexión, para finalmente llegar a la solución que he indicado en el cuerpo del texto. Así, recuerdan que en el artículo 1137 *P Ordonnance 2015* (que transcribí *supra* nota 235) se alude al contratante del *errans* que había «tenido conocimiento y [...] sacado beneficio» del comportamiento del tercero. Sobre el cambio de redacción habido en el vigente artículo 1138.II CCF –que habla de *tercero de connivencia*– consideran que *nada cierto puede decirse*. Apoyándose en la definición de la palabra *connivence* del diccionario de la Academia francesa –«complicité moral consistant à fermer les yeux, à garder le silence sur la faute de quelqu'un»– y su etimología, señalan que puede considerarse que *no se exige el concierto explícito* (la colusión fraudulenta). Por otro lado, en el artículo 1138.II CCF se evitó la palabra *complicidad* (*complicité*) por el riesgo de vincular al juez al significado estricto que de la misma se da en el Derecho penal –el dolo de tercero habría podido subordinarse, en el Derecho civil, a la caracterización de una complicidad por estafa, lo que habría sido *algo demasiado estrecho*–. Los autores observan, que puede dudarse que el solo conocimiento del comportamiento del tercero sea suficiente, pues, como se ha dicho, a ello se refería el artículo 1137 *P Ordonnance 2015* y se abandonó en el vigente artículo 1138.II CCF. *Podría* pues tratarse de un grado intermedio, de un acuerdo tácito entre el contratante y el tercero. Lo cierto es que, al ser la *connivencia* término nuevo en la ley, *el debate jamás se excluirá* y DESHAYES/GENICON/LAITHIER entienden y concluyen lo ya dicho: *quien sabe de las maniobras del tercero en detrimento de la víctima del dolo y guarda silencio comete una reticencia dolosa del artículo 1137.II CCF*. Por ello, *dudan de la utilidad del artículo 1138.II CCF, que establece un «falso caso» de dolo de tercero (es el contratante quien comete dolo por acción, con el tercero, o por omisión)*. [«Artículo 1138 CCF» (2018), p. 241].

³⁷¹ Para CHANTEPE/LATINA, si se cree en el diccionario de la Academia francesa, la *connivencia* es un *entendimiento secreto o tácito* («entente secrète ou tacite»). ¿Basta el simple conocimiento de la conducta del tercero para cumplir con la exigencia de la *connivencia*? *Consideran preciso esperar*, por la manifiesta *deslealtad* del que contrata con la víctima del dolo en dicha situación: *podría haberla desengañado y deliberadamente se abstiene de hacerlo*. ¿No es culpable de una disimulación intencional? Admiten que la coincidencia con la reticencia dolosa *no será perfecta, salvo* que la disimulación, de acuerdo con el artículo 1137.II CCF, verse sobre una «información de la que sepa su carácter determinante para la otra parte». Y para argumentar que el artículo 1138.II CCF incluye al contratante que sabía del dolo de tercero y guardó silencio, afirman que solo queda entender que *la mala fe de dicho contratante le hace candidato a la sanción de la nulidad*. [«Artículos 1137, 1138, 1139» (2016) 325, p. 265].

³⁷² MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1138» (2016), p. 91; CABRILLAC (2020) 68, p. 74.

el artículo 1138 CCF se inspira en parte en los PECL, además de consagrar la jurisprudencia anterior³⁷³.

[63] Finalmente he de apuntar, que Deshayes/Genicon/Laithier se muestran críticos con el artículo 1138 CCF. Entienden que el listado de los sujetos, en él contemplados, es insuficiente, que ha de ampliarse, siendo necesario extraer los verdaderos criterios que permitan identificar cuándo el dolo de tercero es causa de nulidad³⁷⁴. Para Deshayes/Genicon/Laithier, el artículo 1138 CCF no recoge todos los supuestos identificados por la jurisprudencia y no conciben que tales supuestos se excluyan para el futuro; en concreto, no se excluirá que el dolo de tercero sea siempre causa de nulidad en el acto a título gratuito (al respecto *supra* nota 202), la intervención de algunos intermediarios sin poder representativo como el comisionista («*commissionnaire*») o el mediador («*courtier*»), y el dolo cometido dentro de un grupo de contratos interdependientes (al respecto *supra* [33])³⁷⁵. Deshayes/Genicon/Laithier consideran la lista de sujetos del artículo 1138.I CCF meramente ilustrativa y por ello abierta (otros posibles supuestos son admisibles)³⁷⁶. A su entender, quien contrata con el errans (con la víctima del dolo) habrá de sufrir la nulidad del contrato, si tuvo culpa (en su opción de que interviniera el tercero, en haberle elegido mal, en vigilarle mal, etc.); si no puede, legítimamente, obtener los beneficios esperables del contrato; o si, comparando los respectivos méritos de las partes, aparece más imperiosa la protección de la voluntad de la víctima del dolo, que las expectativas de su contratante³⁷⁷. En definitiva, ha de razonarse, principalmente, en términos de una justa distribución del riesgo de la mala actuación del tercero, empleándose al respecto diversos criterios³⁷⁸.

³⁷³ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 210, p. 192.

³⁷⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER «Artículo 1138» (2018), p. 242; indican, que desgraciadamente la identificación de tales criterios se ha rehusado hacer en el artículo 1138 CCF, a diferencia de otros textos extranjeros.

³⁷⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242. Recuerdan que la figura del grupo de contratos interdependientes se ha codificado en el artículo 1186.II CCF (que dispone: «Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie»).

Por su parte, CABRILLAC señala: «[e]n fin, el dolo que emana de un tercero se sanciona en materia de donación: la nulidad supone un menor perjuicio al donatario, que en el acto a título oneroso, dado que el donatario adquiere sin contrapartida» [(2020) 68, p. 74].

³⁷⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 242. Plantean, y lo rechazan por entender que es un procedimiento artificial con sus propios límites, que pudiera jugarse, para incluir nuevos supuestos, con el término «representante» del artículo 1138.I CCF.

³⁷⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 243.

³⁷⁸ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2018), p. 243; entre otros criterios: «¿quien ha tomado la iniciativa de hacer intervenir al tercero? ¿En beneficio de

[A] *El dolo de tercero y la violencia de tercero: ¿una misma, o una diferente regulación?*

[A.1] *Los Derechos francés y argentino.*—Deshayes/Genicon/Laithier *contrastan los efectos del dolo de tercero, con los de la violencia de tercero*³⁷⁹. Y al respecto recuerdan que, *ya desde 1928, Josserant se rebeló contra el diferente trato jurídico dado al dolo de tercero*—que no permitía la impugnación del contrato, de conformidad con el derogado art. 1116 CCF (sobre ello *supra* [30] y [31])—*y el dado a la violencia de tercero*—que sí permitía la impugnación contractual en virtud del derogado art. 1111 CCF³⁸⁰—*y pese a la crítica, la Ordonnance n.º 2016-131 mantiene una regulación diferente para el dolo de tercero*—al que se aplica el analizado art.

quién actúa? ¿Quién lo ha elegido? ¿Quién debe “vigilarlo”? ¿Quién ha sugerido o impuesto la estructura contractual—tal como una estipulación por otro o una cesión de crédito—implicando la entrada de un tercero?, etc.».

³⁷⁹ Más allá de las consideraciones de DESHAYES/GENICON/LAITHIER sobre el Derecho francés las cuales desenvuelvo en el cuerpo del texto, desde una visión comparada, LHOSSÉ señala que *la mayoría de los sistemas jurídicos continentales prevén diferentes reglas para el dolo de tercero y para la amenaza de tercero, en relación con la anulación del contrato*. En esos mayoritarios sistemas, *la amenaza permite anular el contrato, independientemente de que provenga de la otra parte o de un tercero*. *En cambio, el dolo de tercero permite la anulación contractual solo si se cumplen ciertos requisitos, e incluso hay sistemas que no lo permiten*.

La distinta regulación *suele explicarse* con el argumento de que la amenaza es más seria y más difícil de probar, además de que la parte que sufrió dolo también podrá recurrir a la anulación por error, al margen de que el dolo haya procedido del tercero, algo que no sucede con la amenaza. LHOSSÉ *considera* que este último argumento puede convencer, *solo si el dolo de tercero da lugar a un error considerado relevante, siendo más débiles los otros argumentos*. En el moderno mundo de los negocios, muchas amenazas tienen más una naturaleza económica, que física, y de modo creciente son más similares al dolo, en lo que se refiere a la seriedad del vicio del consentimiento. Por ello no sorprende que el distinto trato jurídico entre el dolo y la amenaza *permanezca inexplicable*. Se ha argumentado que la anulación por el dolo de tercero se somete a *requisitos adicionales* para no imponer una carga indebida a la otra parte. Pero, entonces, se deja abierto por qué la anulación del contrato por la amenaza de un tercero y sin las restricciones del dolo no es igualmente oneroso. LHOSSÉ *afirma* que, de hecho, la distinta regulación no es más que una reminiscencia del Derecho romano, que el Derecho moderno preserva por razón de tradición, más que por razón sustantiva. A diferencia del *dolus*, *solo* disponible frente a la parte que actuó dolosamente, la acción por *mentus* procedía contra *toda* persona que hubiera adquirido algo como resultado del *mentus*. En el Derecho romano, el diferente trato tenía una buena razón. Inicialmente, el *mentus* se agrupaba junto a la violencia y era percibido, correctamente, como mucho más serio que el *dolus*. La acción concedida por la amenaza tenía carácter penal (el demandado respondía por el cuádruple de valor). [«Artículo 4:111» (2018), pp. 709-710].

³⁸⁰ Derogado artículo 1111 CCF: «La violence exercee contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite» (cursiva mía).

Sobre el (derogado) artículo 1111 CCF, FLOUR/AUBERT/SAVAUX indican que la norma encuentra justificación desde el punto de vista de la víctima, pues, quienquiera que haya sido el autor de la amenaza, se ejerce la misma presión y afecta, igualmente, a la libertad de consentimiento. Sin embargo, *es una norma injusta para con el otro contratante*, quien, en caso de haber sufrido la violencia de tercero, tiene, menospreciándose el principio de la individualidad en las penas, las consecuencias de una culpa que no cometió. *El (derogado) artículo 1111 CCF destaca la preeminencia de los aspectos psicológicos sobre los éticos, mientras que para el dolo es lo contrario. Se constata la ausencia de armonía en las soluciones legales*. [(2014) 223, p. 229].

1138 CCF– y para la violencia de tercero –sobre la cual y según el art. 1142 CCF, la violencia es causa de nulidad, la ejerza una de las partes o un tercero³⁸¹⁻³⁸².

Deshayes/Genicon/Laithier informan, además, que el nuevo y vigente artículo 274 del Código civil [y comercial de la nación] Argentina de 2014 (CCCA) –código al que sitúan entre las codificaciones modernas– no diferencia el dolo de tercero y la violencia de tercero³⁸³. Y efectivamente, para el dolo, el citado artículo 274 CCCA dispone: «Sujetos. El autor del dolo esencial y del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero» (cursiva mía). Y para la fuerza y la amenaza, según el artículo 277 CCCA: «Sujetos. El autor de la fuerza irresistible y de las amenazas puede ser una de las partes o un tercero» (cursiva mía).

Por mi parte y completando ese apunte que sobre el dolo en el Derecho argentino hacen Deshayes/Genicon/Laithier, advierto que el derogado Código civil de Argentina de 1869 (CCA) aplicaba ya la misma regla para el dolo de tercero (art. 935) y para la fuerza o intimidación de tercero (art. 941 CCA), regla consistente en permitir la anulación del acto jurídico³⁸⁴.

³⁸¹ Transcribí el artículo 1142 CCF, *supra* nota 246. Recuerdo que dicho artículo 1142 CCF no se aplica a la violencia del abuso del estado de dependencia del artículo 1143 CCF (su explicación *supra* nota 247).

³⁸² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2016), p. 242. *Vid.* además «Artículo 1144» (2018), p. 251.

³⁸³ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1138» (2016), p. 242 y nota 325.

³⁸⁴ No solo el Derecho argentino derogado y vigente, de los que a continuación doy más datos, aplican la misma norma para el dolo y la violencia de tercero, sino que el Derecho paraguayo también lo hace, Derecho del que igualmente informo a continuación:

a) *El derogado Derecho argentino.* Los artículos 931 a 935 CCA regulaban el dolo y, según el artículo 935 CCA: «El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 941, 942 y 943».

Los referidos artículos 941, 942 y 943 CCA regulaban la fuerza y el temor y disponían:

a.1) Artículo 941 CCA: «La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él» (cursiva mía).

a.2.) Artículo 942 CCA: «Si la fuerza hecha por un tercero, fuese sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son responsables solidariamente para con la parte violentada, de la indemnización de todas las pérdidas e intereses» (cursiva mía).

a.3) Artículo 943 CCA: «Si la fuerza hecha por un tercero, fue ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero será el único responsable de todas las pérdidas e intereses» (cursiva mía).

Vid. DE LORENZO/KEMELMAJER DE CARLUCCI/MOLINA DE JUAN/PICASSO/SANTARELLI/SÁENZ (2012), pp. 62-63

b) *El vigente Derecho argentino.* Para el dolo, además del artículo 274 CCCA que he reproducido en el cuerpo del texto en esta [A.1] de [63], el artículo 275 CCCA dispone: «Responsabilidad por los daños causados. El autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero» (para el resto de los vigentes artículos que regulan el dolo, *infra* nota 392).

Para la violencia, además del artículo 277 CCCA que he reproducido en el cuerpo del texto en esta [A.1] de [63], el artículo 278 CCCA ordena: «Responsabilidad por los daños causados El autor debe reparar los daños. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento de la fuerza irresistible o de las amenazas del tercero».

Refiriéndose al *derogado* Derecho argentino, vigente en el momento en el cual escribe (que es en 1973), Carranza comienza explicando que:

«Conviene precisar la evolución histórica de un tal precepto [del art. 935 CCA], habida cuenta de las particularidades que alcanza la solución por él impostada en la Ley argentina. En el derecho romano el dolo cometido por un tercero no aparejaba, en principio, la nulidad del acto. Y ello era así porque la acción de dolo tenía carácter infamante y era eminentemente personal, por lo que no afectaba –se entendía– la validez del negocio, sino personalmente a su autor.

El sistema era diferente, siempre en el Derecho romano, si se trataba de la *violencia* ejercida por un tercero. En este último caso sí correspondía la nulidad del acto, porque se entendía que la violencia turba el orden social más gravemente que el dolo.

Esta doctrina fue receptada por los artículos 1111 y 1116 del Código civil francés, en una solución legislativa que ha sido objeto de críticas, porque distingue –sin razón suficiente– dos hipótesis substancialmente idénticas: la añagaza de tercero y la violencia del extraño, siendo que, como explica agudamente Larombiere, “allí donde se presenta la misma necesidad debe haber el mismo remedio”».

Pese a tales objeciones, el precepto francés, servilmente seguidor de la tradición romana, fue acogido por el Código civil chileno (arts. 1457 y 1458)³⁸⁵; el italiano de 1865 (arts. 1111

c) *El Derecho paraguayo*. Según SANTOS MELGAREJO/ANGULO SARUBBI/BREUER PLANAS/GODOY DURIA/MORENO RODRÍGUEZ/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «[e]l art. 291 [del Código civil paraguayo (CCP)] dispone de forma expresa que el dolo afectará la validez de los actos, sea que provenga de las partes, *sea que provenga de terceros*. Se mantiene así la solución del *Código* argentino [la del CCA de 1869], que en su momento se apartó de la legislación mayoritaria del derecho comparado» [(2012) p. 425]. El tenor literal del aludido artículo 291 CCP es: «*El dolo afectará la validez de los actos, sea que provenga de las partes o de un tercero*» (cursiva mía). En cuanto a la fuerza o temor, el artículo 295 CCP dispone: «*La fuerza o la intimidación vicia el acto, aunque se la haya empleado por un tercero*. Cuando una de las partes hubiere tenido conocimiento de ello, ésta responderá solidariamente con el autor por los daños. En los demás casos, el resarcimiento será por cuenta exclusiva del causante» (cursiva mía).

³⁸⁵ Por lo que respecta al Derecho chileno y al Derecho colombiano:

a) *El Derecho chileno*. En relación con la fuerza, el artículo 1457 del Código civil chileno (CCCh) dispone: «Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; *basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento*» (cursiva mía). Y para el dolo, según artículo 1458 CCCh: «El dolo no vicia el consentimiento *sino cuando es obra de una de las partes*, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado./ En los demás casos» [...] (cursiva mía). Según ALESSANDRI RODRÍGUEZ, «[a]quí radica la gran diferencia entre el dolo y la fuerza, porque ésta [la fuerza] vicia el consentimiento quien quiera que sea el que la emplea, ya se trata de una de las partes, ya de un extraño al contrato» [(2010) 830, p. 66].

En la doctrina chilena también se encuentran críticas al distinto tratamiento jurídico dado a la fuerza de tercero y el dolo de tercero. Así, tras reproducir las palabras de Planiol y Ripert de que «[l]a diferencia tradicional [del dolo] con la violencia es difícil de justificar hoy día. Pero la solución se encuentra de acuerdo con la concepción defendida por ciertos autores modernos, según la cual, para evitar toda sorpresa a la otra parte, debe estarse al

sentido aparente de las palabras pronunciadas o escritas por cada contratante y no al sentido diferente que se les da realmente», el antes mentado ALESSANDRI RODRÍGUEZ considera que, «[e]n realidad, no existe razón aparente que justifique la diferencia que establece el Código Civil entre los efectos de la fuerza y del dolo proveniente de un tercero, porque no cabe duda de que en ambos casos el consentimiento está viciado» (cursiva mía). ALESSANDRI RODRÍGUEZ informa, además, que Planiol, «que reconoce el origen histórico de la diferencia entre la fuerza y el dolo, expresa que el fundamento que se da, según el cual la fuerza es socialmente más grave que el dolo, no es rigurosamente exacto en nuestra época en que la violencia se ejerce con mayor frecuencia sobre el espíritu que sobre el cuerpo. Pero esta solución tiene la ventaja de asegurar mejor la protección de las víctimas de la violencia, que, por otra parte, el beneficiario del compromiso ignorará rara vez; permite, pues, sancionar en ciertos casos el abuso de la debilidad ajena para obtener un compromiso ilegal». Sin embargo, para ALESSANDRI RODRÍGUEZ, «[a] nuestro juicio, esas mismas razones son aplicables al caso de dolo cometido por un tercero extraño al contrato» (pp. 66-67).

En su exposición del dolo, VÍAL DEL RÍO destaca que el dolo ha de provenir de la otra parte: «De la disposición transcrita [del art. 1458 primera regla CCCh] se desprende que para que el dolo vicie el consentimiento debe reunir dos requisitos copulativos: ser determinante y ser obra de una de las partes./ La exigencia que formula el Código [civil] en el sentido de que el dolo debe ser obra de una de las partes revela que el legislador se refiere en el artículo 1458 a los actos jurídicos bilaterales y, más concretamente, a los contratos» [(2011) 82, p. 120; *vid. además* 80, p. 119]. Según BAHAMONDES OYARZÚN/DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES, «el dolo de terceros no vicia el consentimiento, sin embargo, da derecho a indemnización de perjuicios» [(2012), p. 312].

b) *El Derecho colombiano*. En el Código civil de Colombia se recogen las mismas normas de los artículos 1457 y 1458 CCCh en los artículos 1514 («Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento»; cursiva mía) y 1515 («El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado./ En los demás casos [...]»; cursiva mía). En relación con el artículo 1515 CC colombiano, ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS señalan que «[d]iferencia el dolo conforme sea endógeno o exógeno al contrato, y sienta la regla de que sólo aquél [el dolo endógeno] sirve para configurar el vicio de la voluntad./ Para dar razón de esta diferencia de efectos entre el dolo que proviene de la contraparte y el que se origina en un tercero, la doctrina colombiana no ha llegado al extremo de negar que sea un vicio del consentimiento autónomo. En cambio, haciéndose eco de las opiniones de autores franceses de la escuela de la exégesis y de principios del siglo XX, ha optado por la naturaleza del dolo *in contrahendo* como genuino vicio de la voluntad, y a la vez, *o ha criticado el mantenimiento de la regla dolus tertii non nocet, o lo ha justificado mediante una serie de argumentos*, que van desde una supuesta facilidad de defensa frente al dolo, hasta la falta en que usualmente incurre quien se deja engañar, el menor carácter antisocial del dolo (comparado con el de la fuerza), la injusticia de anular un negocio en razón de una treta en la no tuvo arte ni parte el cocontratante, y la función reparadora de un perjuicio inherente a la anulación originada en el dolo./ En fin, también se ha buscado justificar la ineficacia anulatoria del engaño de tercero, argumentando que se trata de un vestigio de la instramisibilidad pasiva que caracterizaba la *actio de dolo* romana. De lo que se seguiría que el régimen jurídico del dolo sería, por así decirlo, un híbrido, que miraría tanto a la tutela de la integridad del consentimiento del engañado como a la punición del autor de una conducta reprochable, contraria a los postulados emanados del principio de la buena fe» [cursiva mía; (2012), pp. 240-241]. En cuanto a la violencia, ALARCÓN ROJAS/CORTÉS MONCAYO/KOTEICH KHATIB/M'CAUSLAND SÁNCHEZ/LÓPEZ CASTRO/MANTILLA ESPINOSA/MARTÍNEZ CÁRDENAS/MONTOYA MATEUS/NAVIA ARROYO/NAVIA REVOLLO/NEME VILLAREAL/TERNERA BARRIOS señalan que «doctrina y jurisprudencia suelen coincidir en los siguientes [requisitos]:/ 1. Puede provenir de cualquier persona, no se exige que provenga necesariamente de una de las partes en el contrato, como ocurre con el dolo./ 2. [...]» (p. 244).

Explicado lo anterior para el vigente Derecho colombiano, conviene que informe de la existencia de un *Proyecto de Código civil de Colombia (primera versión)* de la Facultad De Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional De Colombia) y de junio

y 1115)³⁸⁶; el Código español (arts. 1268 y 1269 [que transcribí *supra* nota 71]) y el Código Federal Suizo de las obligaciones (artículos 24 y 26 [*sic*, arts. 28 y 29]³⁸⁷, entre otros» (cursiva del original)³⁸⁸.

Afirmado lo anterior, Carranza advierte:

«[Sin embargo,] [a]partose Freitas de una tal solución en su *Esboço* (art. 475), adónde fue a informarse Vélez Sarsfield, de suerte que el art. 935 [CCA] se separó también de la corriente legislativa romano-francesa y sentó el principio de la indiferencia del origen de las maniobras dolosas: el engaño afecta la invalidez del acto, provenga de la parte o de tercera persona; e igual solución se adopta en el caso de la violencia» (cursiva mía)³⁸⁹.

de 2020, inspirado en el texto que el profesor Arturo Valencia Zea hizo en 1983. En dicho *Proyecto* se opta por unificar el dolo de tercero y la fuerza de tercero, permitiéndose en ambos casos la anulación del contrato. Según el artículo 107 del *Proyecto de Código civil de Colombia*, «[l]a fuerza o el dolo vician la voluntad cuando provienen de las partes o de terceros» (cursiva mía). Para el dolo, además, se propone la siguiente regulación en el artículo 105 del *Proyecto de Código civil de Colombia*: «El dolo vicia la voluntad cuando se induce a una de las partes, mediante maniobras engañosas de la otra, a la celebración del negocio, que con ellas no se hubiera negociado, o por la omisión de información necesaria para alcanzar criterios de lealtad negocial./ Si el dolo es empleado por las dos partes, no se constituye en motivo de anulación./ En ningún caso valdrá la condonación anticipada del dolo» (cursiva mía).

³⁸⁶ Artículo 1111 CCI 1865: «La violencia empleada contra el que haya contraído la obligación, será causa de nulidad, aun cuando se hubiese usado por una persona distinta de aquella en cuyo favor se haya hecho el contrato» [ROMERO GIRÓN/GARCÍA MORENO (1885), p. 242; transcribí el artículo 1115 CCI 1865 *supra* [13] [B] b).

³⁸⁷ Transcribí el artículo 28.2 CO (que regula el dolo) *supra* nota 369; por su parte, el artículo 29 CO dispone: «Crainte fondée/ 1. Si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée./ 2. Lorsque les menaces sont le fait d'un tiers et que l'autre partie ne les a ni connues, ni dû connaître, celui des contractans qui en est victime et qui veut se départir du contrat est tenu d'indemniser l'autre si l'équité l'exige» (cursiva mía). Comparando con la regulación del BGB, DE COSSÍO Y CORRAL considera que la regulación del artículo 29.2 CO «atenúa más sensiblemente que el Código alemán [BGB] la distinción clásica entre el dolo y la violencia, poniendo a cargo de la víctima de la violencia producida por un tercero, la obligación de indemnizar a la contraparte, todas las veces que la equidad lo exija» [(1955) p. 338].

³⁸⁸ CARRANZA, *ADC* (1973), p. 603.

³⁸⁹ CARRANZA, *ADC* (1973), p. 603; continúa: «De allí en más la brecha quedó abierta: El Código civil brasileño (art. 95) y el Proyecto de Reformas al Código civil francés, acogieron el sistema de Freitas y de la ley común argentina, que ha sido encomiado "como el que mejor responde a los principios que deben regir esta materia"./ Cabe agregar, sin embargo, que el Código civil alemán –respecto de las declaraciones recepticias (art. 123) –, el Código civil italiano de 1942 (art. 1439) y el Código civil suizo (art. 28, núm. 2), consideran irrelevante el dolo de tercero, salvo que al co-contratante le fuera conocido (o debería haber conocido) en [*sic*; el] engaño doloso. Es decir que la norma de las legislaciones modernas tiene en cuenta el dolo del tercero solamente en los casos en que promedia complicidad del contratante beneficiario del engaño (no otra cosa significa exigir su conocimiento), lo que apareja una hipótesis de dolo por omisión, ya que no una coautoría activa junto al tercero» (pp. 603-604).

Sobre los mencionados Derechos alemán, italiano de 1942 y suizo, *supra* [62] [C], [E] y [G], respectivamente.

Y en opinión de Carranza:

«La solución del Código argentino [...] acierta al no distinguir entre los efectos de la violencia y el dolo de tercero: ambos son vicios que coartan la voluntad que, en nuestro tiempo, como con lucidez se ha afirmado, “a menudo es más fácil resistir a la violencia manifestada que defenderse de un error causado por maniobras insidiosas”» (cursiva mía)³⁹⁰.

[A.2] *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos* de 2017 (PLDC 2017)³⁹¹.—El vigente artículo 274 CCCA (que transcribí *supra* [A.1] en [63] y que mentaban Deshayes/Genicon/Laithier) *ha influido* en la regulación que del dolo adoptan los PLDC 2017, lo que de inmediato paso a exponer.

Desde el plano de la valoración *global* de la regulación del dolo, De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares, que han participado en la elaboración de los PLDC 2017, destacan que «[l]a inspiración de estos preceptos [de los arts. 32 y 33 PLDC que regulan el dolo] ya no se encuentra ni en los PECL ni en los PICC [Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales], sino en los [vigentes] artículos 271 a 275 del CC argentino»³⁹². En cuanto al dolo de tercero, el artículo 32 (1) PLDC dispone que «[e]l dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión de una de las partes *o un tercero*» (cursiva mía)³⁹³. Los citados De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares destacan

³⁹⁰ CARRANZA, *ADC* (1973), p. 604.

³⁹¹ Sobre las sucesivas versiones de los PLDC, hasta la de 2017, y cómo y para qué se concibieron los PLDC, FENOY PICÓN (2017) [103]-[116], pp. 568-580.

³⁹² DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 40.

En cuanto al tenor literal de los vigentes artículos 271 a 275 CCCA es el siguiente:

a) Artículo 271 CCCA: «Acción y omisión dolosa. Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación».

b) Artículo 272 CCCA: «Dolo esencial. El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes».

c) Artículo 273 CCCA: «Dolo incidental. El dolo incidental no es determinante de la voluntad; en consecuencia, no afecta la validez del acto».

d) El artículo 274 CCCA lo transcribí *supra* en [A.1] de este mismo [63].

e) El artículo 275 CCCA lo transcribí *supra* nota 384 b).

³⁹³ En el cuerpo del texto indico que De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares señalan que la inspiración de los artículos 32 y 33 PLDC ya no se encuentra en los PECL, ni en los Principios UNIDROIT, sino en el *vigente* Código civil y Comercial de la Nación argentina. Añado por mi parte, que en esta materia hubo la siguiente evolución:

a) En la *versión 2013* de los PLDC se disponía en el Artículo * PLDC 2013: «[El dolo]/ El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión», y en el artículo * PLDC 2013: «[Terceros]/ También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo, la intimidación o el perjuicio a que se refieren los artículos anteriores, *cuando hayan sido provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante*» [cursiva mía; en esta versión de los PLDC, los artículos no se numeraban, tenían solo un asterisco y pueden encontrarse en MORALES MORENO, *ADC* (2014), pp. 245-246].

b) En la *versión 2015* de los PLDC, su artículo 32 *ya no dispone lo prescrito en los PLDC 2013 y ordena lo mismo que el actual artículo 32 PLDC 2017* [el artículo puede

la relevancia que al dolo de tercero se da en los PLDC 2017 y afirman que «[s]e trata de una regla recogida del artículo 274 del nuevo CC argentino»³⁹⁴, siendo novedad «respecto de la regulación más clásica del dolo en los códigos civiles de la región [latinoamericana]» (cursiva mía)³⁹⁵.

encontrarse en SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2016), p. 1019]; además, en los PLDC 2015 no existe una norma paralela a la que acabo de transcribir para los terceros en esta misma nota y para los PLDC 2013.

³⁹⁴ DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 41; «[...] se establece que el dolo no solo vicia el consentimiento cuando es obra de las partes, sino también cuando es obra de un tercero» (cursiva mía).

³⁹⁵ DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 41.

La aludida visión clásica del dolo de tercero, frente a la violencia de tercero, es acogida por los *Derechos chileno y colombiano* como expuse *supra* nota 385, a lo que añado que también se encuentra en los *Derechos uruguayo, venezolano y peruano* (en estos dos últimos, se especifica legislativamente que el contratante no ha de conocer el dolo de tercero). En concreto:

a) *El Derecho uruguayo*. Sobre este Derecho, DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA informan «[e]l dolo, para funcionar como vicio del consentimiento y causa de nulidad relativa (arts. 1269 y 1568 del CC [uruguayo], es necesario que cumpla los siguientes requisitos: i) *Que una de las partes (se excluye al tercero ajeno a la relación contractual como causante del dolo)*, realice «maquinaciones insidiosas (art. 1275 inc. 2 del CC [uruguayo]. [...]» [cursiva mía; (2012), p. 509)]. En cuanto a la violencia moral, DÍAZ/MARIÑO LÓPEZ/MIRANDE/NICOLA apuntan que «[a] diferencia del dolo, como vicio del consentimiento, [la violencia moral] puede provenir de un tercero ajeno a la relación contractual (art. 1274 del CC [uruguayo])» (p. 511).

Por lo que respecta al Derecho positivo, según el artículo 1275 CC uruguayo (CCU), «[p]ara que el dolo pueda ser un medio de nulidad, es preciso que haya dado causa al contrato. Tendrá ese carácter cuando con palabras, o maquinaciones insidiosas *de parte de uno de los contrayentes*, fuese inducido el otro a celebrar un contrato, que en otro caso no hubiera otorgado», y de conformidad con el artículo 1274 CCU, «[l]a *violencia física o moral* invalidará el contrato, *aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él*» (cursiva mía).

b) *El Derecho venezolano*. Explicando los requisitos del dolo, ANNICCHIARICO VILLAGRÁN/MADRID MARTÍNEZ indican que «la conducta dolosa puede emanar de una parte del contrato o de un tercero, siempre que la parte esté en conocimiento. Si es imputable a un tercero sin conocimiento de la parte, la víctima no podrá solicitar la nulidad del contrato por dolo, lo cual no obsta para que se solicite la nulidad del contrato por error» (cursiva mía). Para la violencia, los citados autores señalan que, «[d]e conformidad con el artículo 1150 del *Código civil* [venezolano], la violencia es causa de nulidad del contrato, *aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquella en cuyo provecho se ha celebrado la convención*» (cursiva mía, salvo la de *Código civil*; p. 590). Vid. además, DOMÍNGUEZ GUILLÉN (2017), pp. 504-505 y 508.

Según el artículo 1150 CC venezolano (CCV), «[l]a *violencia* empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad, *aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquella en cuyo provecho se ha celebrado la convención*», y en virtud del artículo 1154 CCV, «[e]l *dolo* es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado» (cursiva mía).

c) *El Derecho peruano*. Según el artículo 210 del *Código civil* peruano de 1984 (CCP), «[a]nulabilidad por dolo. El *dolo* es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo el beneficio» (cursiva mía), y de conformidad con el artículo 214 CCP, «[a]nulabilidad por violencia o intimidación. La *violencia* o la *intimidación* son causas de anulación del acto jurídico, *aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él*» (cursiva mía).

Por otro lado, el artículo 33 (2) PLDC 2017 ordena, «[l]a parte que al tiempo de la celebración del contrato *tuvo conocimiento* del dolo de un tercero *responde solidariamente*» (cursiva mía). Sobre esta regla del artículo 33 (2) PLDC 2017, De La Maza Gazmuri/Vidal Olivares apuntan, que «resulta interesante pues es una de aquellas [reglas] que desarrolla los deberes precontractuales de información. En realidad, lo que sucede es que quien conoce el dolo de un tercero, debe informárselo a la otra parte, de otra manera, existe un incumplimiento doloso del deber de informar por el cual se responde»³⁹⁶.

3.2.7 LA PRUEBA DEL DOLO

[64] *La Ordonnance n.º 2016-131 renuncia al establecimiento de particulares reglas sobre la prueba del dolo*³⁹⁷. La citada *Ordon-*

Ahora bien, frente a la anterior visión clásica que, a efectos de la posible anulación del contrato, soluciona de modo distinto el dolo de tercero y la violencia de tercero, *otra visión es la que aplica a ambos la misma solución consistente en que la víctima del dolo de tercero y de la violencia de tercero pueden anular el contrato*, como, por ejemplo, sucede con el analizado Derecho argentino (tanto el derogado como el vigente; al respecto *supra* [A.1] en el cuerpo del texto, y en nota 384) y se propone para el Derecho colombiano en el *Proyecto de Código civil de Colombia de 2020* (al respecto *supra* nota 385). *Y en el ámbito Latinoamericano existe otra tercera solución, consistente en que, aplicando la misma regla para el dolo de tercero y la violencia de tercero, esta consiste en que la víctima podrá anular el contrato si conoció o debía conocer de ese dolo o violencia de tercero*. En este sentido, en el *Derecho brasileño* y para el dolo, el artículo 148 CC brasileño dispone: «*Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento*; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou», y para la coacción, el artículo 154 CC brasileño ordena: «*Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite*, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos», y según el artículo 155 CC brasileño: «*Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento*; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto» (cursiva mía). Para el Derecho brasileño, DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA explican que «el régimen del dolo de tercero se diferencia según la buena o mala fe del contratante que se beneficia del dolo. Si este tenía o debería tener conocimiento del artificio malicioso utilizado por el tercero, el negocio es anulable y ambos (parte beneficiada y tercero) responden solidariamente por las pérdidas y daños. Sin embargo, si el contratante fue de buena fe, el dolo de tercero no permite la anulación del negocio y el tercero que realizó el dolo deberá indemnizar» [(2012), pp. 152-153]. En cuando a la coacción, DE ALMEIDA PRADO/BIRMAN/ESPÍRITU SANTO/GABBAY/KONDER/PÓVOA señalan que «[e]l Código civil brasileño también prevé, en sus artículos 154 y 155, la coacción ejercida por tercero. En estos casos, la solución coincide con la impuesta para la hipótesis del dolo realizado por tercero» (p. 155).

³⁹⁶ DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES (2017), p. 41.

a) *En la versión 2013 de los PLDC* se disponía: Artículo *: «[...]/ La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero, responde solidariamente» [puede encontrarse en MORALES MORENO, ADC (2014), p. 245].

b) *En la versión de los PLDC 2015*, su artículo 33 ordenaba: «Efectos indemnizatorios del dolo/ [...] (2) La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero responde solidariamente» [puede encontrarse en SAN MIGUEL PRADERA, ADC (2016), p. 1019].

³⁹⁷ MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI (2017) 211, p. 192.

nace no recoge la norma de que el dolo no se presume y debe probarse, del derogado artículo 1116.II CCF (que transcribí *supra* [13] [A]; al respecto *supra* [35]).

Si bien la *Ordonnance n.º 2016-131* separa el deber de informar del artículo 1112-1 CCF de la reticencia dolosa del artículo 1137 CCCF (y también del art. 1139 CCF; al respecto *supra* [45]), es oportuno que destaque que en el artículo 1112-1.IV CCF (que transcribí *supra* [42]) se dispone que, quien pretenda que una información debía serle suministrada por la otra parte, tiene la carga de probarlo, y quien debía suministrar tal información, tiene la carga de probar que lo hizo³⁹⁸.

3.2.8 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD) Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO COMO EFECTO NO INDEPENDIENTE

[65] Según el artículo 1131 CCF (que transcribí *supra* [41]), el dolo es causa de *nulidad relativa* del contrato³⁹⁹. De acuerdo con el artículo 2224 CCF, el plazo para ejercitar la acción de nulidad es de *cinco años*⁴⁰⁰, y de conformidad con el artículo 1144 CCF (que transcribí *supra* [41]), dicho plazo comienza a correr *desde que se descubre el dolo*. Además, en virtud del artículo 2232.I CCF (que transcribí *supra* [36]), la acción de nulidad relativa no podrá ejercitarse «*más allá de los veinte años a contar desde el nacimiento del*

³⁹⁸ FENOY PICÓN (2017), p. 760 y oportunas notas.

³⁹⁹ Según DESHAYES/GENICON/LAITHIER, el artículo 1131 CCF recoge una solución jurisprudencial antigua y bien establecida, que se corresponde con la *teoría moderna de las nulidades*, teoría que aplica el criterio del *interés protegido* y que la *Ordonnance n.º 2016-131* consagra en los artículos 1178 y ss CCF. Según el artículo 1179.II CCF, «[e]lle [la nulidad] est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé». Dado que «la regla violada» *aquí* es la que exige de un consentimiento libre y fundado y la misma «tiene solo por objeto la salvaguarda de un interés privado», el de la víctima del vicio del consentimiento, es natural que la nulidad sea «relativa». [«Artículo 1131» (2018), p. 211]. CHANTEPIE/LATINA también señalan que la nulidad relativa del artículo 1131 CCF es conforme con las anteriores soluciones jurisprudenciales y con la adopción de la teoría moderna de las nulidades por parte de la *Ordonnance n.º 2016-131* [«Artículo 1131» (2016) 298, p. 244]. Sobre la teoría moderna de las nulidades, su acogimiento por la *Ordonnance n.º 2016-131*, y críticas, FENOY PICÓN, *ADC* (2017) nota 967 en pp. 730-731.

El efecto restitutorio de la nulidad relativa del contrato se rige por los artículos 1352 a 1352-9 CCF, que se ocupan de «Les restitutions». Así lo dispone el artículo 1178.III CCF: «Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9». *Por la nulidad, los actos anteriores devienen pagos indebidos, justificando las restituciones* [DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178 CCF» (2018), p. 366].

⁴⁰⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 264 (en ausencia de toda indicación se está obligado a aplicar la duración, de derecho común, de cinco años que prevé el artículo 2224 CCF); CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1144» (2016) 346, pp. 283-284; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1144» (2016), p. 83.

*derecho» (délai-butoir), plazo que para el dolo es la fecha de la celebración del contrato*⁴⁰¹.

[A] El «§ 2 Les vices du consentement» se compone de los artículos 1130 a 1144 CCF y los antes citados, en [65], artículos 1131 y 1144 CCF ocupan, el primero, *un segundo lugar*, y el segundo, *un último lugar* en aquel «§ 2 Les vices du consentement», y esta separación numérica *sorprende* a Deshayes/Genicon/Laithier, dado que, reunidas las normas de los artículos 1131 y 1144 CCF, equivalen al antiguo artículo 1304 CCF (que transcribí *supra* [36]). En opinión de Deshayes/Genicon/Laithier, *hubiera sido mejor fusionar los textos de los artículos 1131 y 1144 CCF, o situar uno inmediatamente después del otro*.⁴⁰² En cambio, para Mauger-Vielpeau, *la ventaja del artículo 1144 CCF es su emplazamiento*: se encuentra a continuación de la regulación de los diferentes vicios del consentimiento y cerrando ese § 2, en donde se les regula⁴⁰³.

[B] Deshayes/Genicon/Laithier también apuntan que *la fecha del descubrimiento del dolo*, como fecha de inicio para el cómputo de la acción de nulidad en virtud del artículo 1144 CCF, coincide (hay coordinación) con lo dispuesto en el artículo 2224 CCF (derecho común de la prescripción)⁴⁰⁴. Según el artículo 2224 CCF (redacción de la *Loi n.º 2008-561, 17 juin 2008*): «Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer» (cursiva mía).

[C] Por último, para el artículo 2232 CCF –*derecho común* de la prescripción, que ordena el tiempo límite para ejercitar la acción (*délai-butoir*)– Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan que el artículo 1143.II *P Ordonnance 2015* (que transcribí *supra* nota 237) disponía que la acción de nulidad *no podía ejercitarse más allá de los veinte años a contar desde el día de la conclusión del contrato*. Dicho párrafo II del artículo 1143 *P Ordonnance 2015* se suprimió –*no existe en el vigente art. 1144 CCF*, que transcribí *supra* [41] –. Para los autores, la supresión *no* debe entenderse en el sentido de que quiera *descartarse* la aplicación del *plazo límite del artículo 2232 CCF*, sino que simplemente respondió a la justa crítica, hecha por varios comentaristas, de que, *al reformularse sustancialmente la norma del artículo 2232 CCF en el seno del artículo 1143 P Ordonnance 2015*, en lugar de procederse al puro y simple reen-

⁴⁰¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 264; CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1144» (2016) 344, p. 283, y 346, p. 284; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1144» (2016), p. 83.

⁴⁰² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1131» (2018), p. 211; *vid. además* «Artículo 1144» (2018), p. 264.

⁴⁰³ MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1144» (2016), p. 83.

⁴⁰⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 264. CHANTEPIE/LATINA apuntan que la fecha para el inicio del cómputo, dispuesta por el artículo 1144 CCF, es la del derogado artículo 1304.II CCF, y afirman que no cambia, pues, el derecho positivo [«Artículo 1144» (2016) 345, p. 283].

vío, se corría el riesgo de que se interpretase como voluntad de descartar las excepciones especialmente previstas en el párrafo II del artículo 2232 CCF. El vigente artículo 1144 CCF soluciona dicho riesgo y se abstiene de toda disposición sobre la duración del plazo límite, permitiendo la plena aplicación del derecho común de la prescripción⁴⁰⁵.

El vigente (y nuevo) artículo 1185 CCF dispone que la *excepción de nulidad* –por tanto, la de dolo– no prescribe, si no hay ejecución alguna del contrato⁴⁰⁶.

Artículo 1185 CCF:

«La exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution».

[66] *Junto con la anulación del contrato*, la víctima del dolo puede exigir *la indemnización de daños y perjuicios*, y también podría optar por *no anular el contrato y solo exigir la indemnización de daños y perjuicios* (art. 1178.IV CCF)⁴⁰⁷. El artículo 1178.IV CCF especifica que la responsabilidad posee naturaleza *extracontractual*, por lo que se aplican los artículos 1240 y ss. CCF⁴⁰⁸. Deshayes/Genicon/Laithier indican, que desde hace bastante tiempo nadie defiende la aplicación de la responsabilidad contractual, cuya fuente sería la de un contrato preparatorio siempre tácitamente convenido, y que la idea de una tercera vía –la de un régimen de responsabilidad autónomo– habría podido jugar por la influencia

⁴⁰⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), pp. 264-265.

⁴⁰⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1144» (2018), p. 265.

⁴⁰⁷ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1131» (2018), p. 212, «Artículo 1137» (2018), p. 233, y «Artículo 1178» (2018), p. 369; CHANTEPIE/LATINA, «Artículo 1131» (2016) 301, pp. 245-246; MAUGER-VIELPEAU, «Artículo 1131 CCF» (2016), p. 83 y «Artículo 1178» (2016), pp. 149-150.

⁴⁰⁸ En el *Rapport* solo se indica sobre el artículo 1178.IV CCF: «La nulidad evidentemente no obstaculiza el compromiso de la responsabilidad de una de las partes, en las condiciones del derecho común de la responsabilidad extracontractual».

La *Ordonnance n.º 2016-131* y la *Loi n.º 2018-287* no modifican las reglas aplicables a la responsabilidad extracontractual, en espera de su futura reforma, y reenumeran los anteriores artículos 1382 y ss. CCF a los actuales artículos 1240 a 1245-17 CCF [DESHAYES/GENICON/LAITHIER (2018), p. 601]. Según el *Rapport*: «El subtítulo II titulado “La responsabilidad extracontractual” reproduce *en extenso* los artículos 1382 a 1386-18 del Código civil, con las adaptaciones legislativas a la nueva estructura del subtítulo, escindido en dos capítulos, uno relativo a la responsabilidad extracontractual en general, y el otro a la responsabilidad por el hecho de productos defectuosos./ La reforma de la responsabilidad civil contractual y extracontractual será objeto de un ulterior proyecto de ley que se debatirá en el Parlamento, en la lógica de los retos políticos y sociales ligados a este campo del derecho». FAGES informa de que el 29.04.2016, el Ministerio de Justicia hizo público y sometió a consulta un anteproyecto de reforma de la responsabilidad civil, y tras la consulta, el texto fue ligeramente retocado, y el 13.03.2017 se presentó un proyecto de reforma [(2017) 15, p. 36]

del Derecho comparado, pero, claramente, el artículo 1178.IV CCF la condena⁴⁰⁹.

Artículo 1178.IV CCF:

«Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander la réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle».

Pero si el artículo 1178.IV CCF especifica la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, en cambio *no concreta cuáles son los daños indemnizables*. Deshayes/Genicon/Laithier lamentan que la *Ordonnance n.º 2016-131* no haya codificado algunas líneas directrices para la identificación de los *específicos perjuicios*, líneas que doctrina y jurisprudencia habían llevado a cabo (avances decisivos y muy útiles para la práctica; al respecto *supra* [37]-[38])⁴¹⁰. En tal sentido, la *doctrina* había esclarecido que la *finalidad* de los daños y perjuicios era reparar el *interés negativo* –el que tendría un contratante en no haber concluido el contrato– ya que lo que se tiene en cuenta es la confianza del acreedor en la eficacia del contrato, confianza traicionada⁴¹¹. *En particular*, a la víctima ha de indemnizársele los *gastos de celebración del contrato* y la *pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato similar, pero válido* («l'occasion manquée»)⁴¹². La *jurisprudencia* había consagrado el anterior análisis⁴¹³. Para Deshayes/Genicon/Laithier, aunque el artículo 1178.IV CCF no precise lo anterior, *puede considerarse que esa solución de fondo se mantiene*⁴¹⁴.

Algo más complejo, en cambio, puede ser la identificación de las partidas indemnizables, *cuando la víctima del dolo opta por*

⁴⁰⁹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 368.

⁴¹⁰ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369. Ciertamente, los autores consideran *mínimo* el aporte del artículo 1178.IV CCF, que se contenta con indicar que, aquel de los contratantes que se queje de un perjuicio, podrá demandar su reparación y *para saber eso, basta el derecho común de la responsabilidad* (art. 1240 CCF); el artículo 1178.IV CCF es redundante y elude la dificultad esencial de la determinación de las partidas indemnizables; el otro *modesto y esperable* aporte del artículo 1178.IV CCF, según los autores, es su norma de que la indemnización de daños y perjuicios podrá solicitarse *sin reclamar la nulidad del contrato o conjuntamente con esta* (pp. 368-369).

⁴¹¹ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369. También indica que se trata del interés negativo, EPSTEIN, «Artículo 1179» (2016), p. 150.

⁴¹² DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369.

⁴¹³ En la sentencia *Fiori* («Cass. ch. mixte, 9 jull. 2004»): «la parte de buena fe en el contrato de venta anulado solo puede demandar que se condene a la parte culpable a que repare el perjuicio que ella ha *sufrido por razón de la conclusión del contrato anulado*» [cursiva, negrita en el original; DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369 y nota 121].

⁴¹⁴ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369.

*mantener el contrato y solo demanda la indemnización de los daños y perjuicios*⁴¹⁵. Deshayes/Genicon/Laithier señalan que la doctrina y la jurisprudencia *también* lo habían esclarecido y en lo esencial, se trata de «una indemnización que compensa las condiciones desventajosas en las cuales [la víctima] ha consentido [...] Se trata de eliminar la culpa precontractual, buscando cómo habría sido el contrato sin dicha culpa»⁴¹⁶. La misma idea apuntan Chan-tepie/Latina⁴¹⁷.

[67] Finalmente, Deshayes/Genicon/Laithier consideran *muy dudoso* que la *Ordonnance n.º 2016-131* autorice, paralelamente a la demanda de indemnización de daños y perjuicios, una acción de reducción del precio («action en réfaction») por dolo, por la que se reconozca al juez el poder de decidir la reducción del precio⁴¹⁸.

III. EL DOLO EN EL DERECHO BELGA

[68] *Primero* analizo la regulación del dolo en el Código civil belga, y *después*, su regulación en la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil*.

1. EL DOLO EN EL *CODE CIVIL* BELGA

1.1 La presentación de la regulación del dolo

[69] Como es sabido, Bélgica adoptó el *Code civil* francés de 1804 (sobre ello *supra* [5] y nota 11). El dolo se regula en los artículos 1109 y 1116 del Código civil belga (CCB) y su tenor literal es el mismo que el de los *originarios* y ahora derogados artículos 1109 y 1116 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]). Recuerdo, *pero ahora refiriéndolo al Derecho belga*, que el artículo 1109 CCB ordena que no hay consentimiento válido, si se dio por error, se arrancó por violencia, o *se sorprendió por dolo*. Y según el artículo

⁴¹⁵ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), p. 369; apuntan que se crea una tensión entre la voluntad de mantener el acuerdo y la de reivindicar una indemnización.

⁴¹⁶ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1178» (2018), pp. 369-370.

⁴¹⁷ Según CHANTEPIE/LATINA, demandándose solo la indemnización de daños y perjuicios, esta lo que compensa es la pérdida de la oportunidad de no haber podido concluir el contrato en condiciones más beneficiosas [«Artículo 1131» (2016) 301, p. 245].

⁴¹⁸ DESHAYES/GENICON/LAITHIER, «Artículo 1131» (2018), pp. 211-212; *vid.* además «Artículo 1137» (2018), p. 233.

lo 1116 CCB, *el dolo es causa de nulidad de la convención*⁴¹⁹, *si las maniobras realizadas por una de las partes son tales que, sin ellas, la otra parte no habría contratado; además, el dolo no se presume y debe probarse.*

De Page apunta que la teoría de los vicios de la voluntad, en particular, la del consentimiento en general (art. 901 CCB) y la del dolo (captación), se rige *en las liberalidades*⁴²⁰ *por principios propios, diferentes a los de los actos a título oneroso*⁴²¹. *Con carácter general*, el vicio de la voluntad se admite *más ampliamente*, a cómo se admite en los actos a título oneroso, en los que la seguridad de los negocios y la protección de los intereses del contratante de buena fe imponen mayor severidad en la admisión de los vicios del consentimiento⁴²². Esto es, *se justifica más una teoría amplia de los vicios del consentimiento para los actos a título gratuito, porque se impone proteger especialmente más al donante o al testador contra todas las maniobras de las que puedan haber sido objeto, y porque el acto gratuito no tiene una contrapartida para su beneficiario, por lo que ningún auténtico perjuicio se le inflige si tiene lugar la invalidez*⁴²³.

Similares consideraciones a las expuestas las hacía ya Dekkers⁴²⁴.

[70] Para analizar el Derecho belga, consulto dos *relevantes y actuales* autores belgas. Uno, Wéry (con obras de 2011, y 2016) del que recuerdo su condición de copresidente de la *Comisión de reforma del Derecho de obligaciones* (al respecto *supra* [5] [B]), y el otro, Van Ommeslaghe (con obra de 2013). Asimismo consulto otros dos relevantes juristas belgas ya fallecidos. Uno el gran y clásico jurista belga De Page (con obra de 1962) y el otro, el también importante Dekkers (con obra de 1955). De este modo se percibe mejor *en qué medida ha evolucionado el Derecho belga.*

⁴¹⁹ DEKKERS habla de *contrato o convención* y los define así: «El contrato o la convención (C. civ., art. 1101, 1108) es un acuerdo de voluntades, con la finalidad de producir efectos jurídicos». Es *acuerdo de voluntades*, porque se requieren dos o más personas para tomar el acuerdo, y es para producir *efectos jurídicos*, pues, crea, modifica o extingue obligaciones [(1955) 11, p. 12].

Según el artículo 1101 CCB: «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

Y según el artículo 1108 CCB: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:/ Le consentement de la partie qui s'oblige;/ Sa capacité de contracter;/ Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;/ Une cause licite dans l'obligation».

⁴²⁰ Artículo 901 CCB: «Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit». Cfr. con el artículo 901 CCF *supra* en nota 202.

⁴²¹ DE PAGE (1962) 36 *bis*, p. 48.

⁴²² DE PAGE (1962) 36 *bis*, p. 48; también 56 *ter*, p. 72.

⁴²³ DE PAGE (1962) 36 *bis*, p. 48; *vid. además infra* nota 511.

⁴²⁴ DEKKERS (1955) 44, p. 29.

1.2 El análisis del dolo

[71] Sigo en lo posible el esquema que he empleado en mi exposición del dolo para el Derecho francés. Adelanto que el tratamiento del dolo, en el Derecho belga, es muy similar al del Derecho francés *antes* de su reforma por la *Ordonnance n.º 131-2016*.

1.2.1 EL ERROR PROVOCADO. LA TEORÍA DE LA *LÉSION QUALIFIÉE*. EL ESTADO DE NECESIDAD. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL)

[72] De Page define el dolo como todo *engaño* cometido en la conclusión de los actos jurídicos⁴²⁵. Para su víctima, el dolo consiste en hacerle creer algo que no existe, u ocultarle un hecho que sí existe, y esto vicia su voluntad⁴²⁶ (hay un *error provocado*). En el Derecho belga, al *error provocado* por dolo se le contrapone el *error espontáneo*, regulado este último en el artículo 1110 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89). La contraposición entre el error provocado por dolo y el error espontáneo encajable en el error vicio la recogen Wéry⁴²⁷, Wekkers⁴²⁸, y De Page⁴²⁹; está también presente en las explicaciones de Van Ommeslaghe⁴³⁰.

⁴²⁵ DE PAGE (1962) 48, p. 64; se apoya en Planiol y reproduce la definición de dolo de Domat que califica de *completa* y *evocadora* [en nota (1) p. 64; para la definición de Domat, *supra* [16] [A] y nota 106].

⁴²⁶ DE PAGE (1962) 48, p. 64.

⁴²⁷ WÉRY titula el apartado que dedica al análisis del dolo como «[l]'erreur consécutive au dol» [(2011), p. 242] y el que dedica al error vicio como «[l]'erreur spontanée» [(2011), p. 230; en pp. 230-240, analiza el error espontáneo]. Según WÉRY, «[e]l vicio del consentimiento es el error al que es inducido la víctima del dolo. El dolo, que provoca esta representación inexacta de la realidad, es un delito civil, una culpa precontractual, que, por razón de su carácter intencional, se sanciona severamente» [(2011) 242, p. 242].

⁴²⁸ Según DEKKERS, el dolo tiene por finalidad *crear o mantener un error* y la ley no exige que ese error recaiga sobre la sustancia —no importa el tipo de error sufrido, si hubiere determinado a la víctima del dolo a contratar como lo hizo—; *en la teoría del error, la víctima es ella misma la que se equivoca, y en el dolo, la víctima fue equivocada por otro, algo mucho más grave*. [(1955) 49, p. 32].

⁴²⁹ DE PAGE explica que «[e]l dolo crea, en realidad, un *error* en el pensamiento de su víctima. He aquí por qué la voluntad se encuentra alterada. La voluntad recae sobre un error y la causa de este error es el engaño, el dolo. Sin embargo, el dolo constituye un *vicio distinto*, porque resulta de una *voluntad maliciosa*. La víctima tiene un error a consecuencia de maniobras reprobables. Por eso mismo, creando en todo caso, psicológicamente, los mismos efectos que el error, el dolo aparece como mucho más grave. Esto explica que la protección de la ley respecto de quien sea víctima es mucho más amplia, que en materia de error: el dolo es causa de nulidad, incluso si recae sobre los motivos del acto, sobre el valor de la cosa, o sobre la solvencia del cocontratante, con la sola condición de que haya sido la causa determinante del contrato. [...] En este sentido, la teoría del dolo sobrepasa la del error. Es un error causado por la voluntad maliciosa de un tercero, y es por lo que la víctima de este error está mejor protegida» [cursiva del original; (1962) 49, pp. 64-65].

⁴³⁰ Según VAN OMMESLAGHE, el dolo consiste en una discordancia entre la voluntad real y la declarada *provocada por las maniobras fraudulentas*, y esto último permite distin-

[73] Wéry informa, además, que *para la Cour de Cassation, el dolo puede resultar del hecho de que una parte se haya aprovechado de la avanzada edad y las vulnerabilidades de su contratante y en tal caso, su distinción con la teoría de la lésion qualifiée deviene algo extremadamente tenue*⁴³¹. Van Ommeslaghe apunta que la *Cour de Cassation* («Cass., 5 octubre 1967») admite que aprovecharse de la elevada edad y de la vulnerabilidad intelectual del otro *puede constituer dolo*⁴³².

[A] *La teoría de la lésion qualifiée*.—Esta teoría ofrece un remedio para aquellas convenciones, manifiestamente desequilibradas, si el desequilibrio responde al abuso, por una de las partes, de la posición de inferioridad de la otra por su ignorancia, sus pasiones, sus necesidades, o su vulnerabilidad⁴³³.

a) *Su reconocimiento*.—Es teoría acogida por los autores, sobre todo por la influencia de los escritos de A. de Bersaques, y su teoría general la propuso, en Bélgica, la sobresaliente tesis del profesor W. De Bont⁴³⁴.

*Por lo que respecta a los Tribunales, en 2011, Wéry señalaba que ha sido bien acogida por los jueces de fond y que la Cour de Cassation aún no había tenido ocasión de acogerla claramente, aunque a veces se mencionan las SS 09.07.1936 y 21.09.1961, ambas de dicha Cour de Cassation, en el sentido de que, al menos implícitamente, la consagran, lo que, en opinión de Wéry, debe someterse a cautela*⁴³⁵. Asimismo se cita la *S 29.04.1993* de la *Cour de cassation*, para la cual Wéry indica que, si bien es temera-

guir el dolo del error y explica el diferente régimen del vicio del consentimiento del dolo [(2013) 149, p. 269; *vid.* 151, p. 270, en donde el autor se refiere a maniobras que *provocan o mantienen* el error del que se queja; y *vid.* antes 135 en p. 251].

⁴³¹ WÉRY (2011) 243, p. 243.

⁴³² VAN OMMESLAGHE (2013) 152, p. 272.

⁴³³ WÉRY (2011) 264, pp. 256-257. *Vid.* además VAN OMMESLAGHE, 170, p. 291.

⁴³⁴ VAN OMMESLAGHE (2013) 171, pp. 292-293. WÉRY indica que la teoría de la *lésion qualifiée* es ampliamente admitida en la doctrina [(2011)] 264, p. 257].

⁴³⁵ WÉRY (2011) 264, p. 257.

Para los jueces de *fond*, VAN OMMESLAGHE también señala que estos muestran una clara tendencia a acoger la teoría de la *lésion qualifiée*, y para la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, apunta que es particularmente sibilina, ya que, por un lado, nunca ha acogido dicha teoría por una sentencia de principio, y por otro, nunca la ha rechazado formalmente, tratándose no de una cuestión de hecho, sino evidentemente de derecho. VAN OMMESLAGHE apunta que las sentencias de la *Cour de Cassation* son interesantes, ya que no rechazan la teoría como podrían hacerlo, pero no excluyen que los jueces de *fond* la puedan aplicar, ello sin claramente aceptar la teoría de la *lésion qualifiée* con la autoridad asociada a sus decisiones. Tras ello, VAN OMMESLAGHE recuerda y extracta, al respecto, una serie de sentencias de la *Cour de Cassation*, entre ellas las dos citadas por Wéry en el cuerpo del texto. [(2013) 172, p. 293]. Así:

a) *Sobre la S 09.07.1936*, VAN OMMESLAGHE explica que era sobre una cláusula penal, juzgada excesiva por los demandantes y que el juez de *fond* había rehusado anular. La sentencia de la *Cour d'appel* es casada porque no se había investigado en qué medida esa situación era fruto del abuso de la ignorancia o de la capacidad de olvido del deudor, aprovechado por el acreedor para imponer la cláusula abusiva. De ese modo, se reconocía implícitamente que si las constataciones hubieran sido hechas por el juez de *fond*, la anulación habría estado justificada. En la sentencia se habla de una «acusación de especulación ilícita» formulada por los demandantes, que no había sido respondida.

rio considerarla como decisión de principio, puede considerársela, siguiendo a J.-F. Romain, como un «momento significativo en la evolución jurisprudencial de la *lésion qualifiée* en el Derecho belga»⁴³⁶. Y ya en 2015, Wéry apunta que la S 09.11.2012 de la *Cour de Cassation consagra expresamente, por vez primera, la teoría de la *lésion qualifiée**, evitando el obstáculo del artículo 1118 CCB⁴³⁷. Señalan también que en dicha S 09.11.2012 de la *Cour de Cassation* se reconoce la *lésion qualifiée*, Van Ommeslaghe⁴³⁸ y Peeraer/Samoy⁴³⁹.

b) *Sus requisitos*.—En cuanto a estos⁴⁴⁰, debe haber una *desproporción manifiesta (no leve) entre las recíprocas prestaciones en el momento de la celebración del contrato*⁴⁴¹. La desproporción

b) *Sobre la S 21.09.1961*, en esta también se conoce de una cláusula penal, si bien, señala VAN OMMESLAGHE, en verdad se encuentra bastante lejos de la teoría de la *lésion qualifiée* y parece fundarse en una apreciación insuficiente por el juez del carácter excesivo de la cláusula en el supuesto, reduciéndola a las ventajas que podría aportar al beneficiario. [(2013) 172, p. 294].

⁴³⁶ WÉRY (2011) 264, p. 257.

Sobre la S 29.04.1993 de la *Cour de Cassation*, VAN OMMESLAGHE indica que es curiosa pues, según la misma, «a los ojos de la corte de apelación, la *lésion qualifiée* supone [...]», ello sin pronunciarse expresamente sobre la legitimidad de la teoría aplicada por la *Cour d'appel*, ni por otro lado rechazarla. Tras enumerar las condiciones exigidas, según la *Cour d'appel*, la *Cour de Cassation* constata que dichas condiciones no se habían cumplido en el caso de conformidad con lo constatado por la *Cour d'appel*, lo que justifica el rechazo del recurso de nulidad solicitado. Según VAN OMMESLAGHE, esta sentencia marca una etapa en la dirección a la teoría de la *lésion qualifiée*, incluso no siendo sentencia de principio, a falta de que la *Cour de cassation* acoja el razonamiento jurídico de la *Cour d'appel* por su propia cuenta. [(2013) 172, pp. 294-295].

⁴³⁷ WÉRY, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 216.

En virtud del artículo 1118 CCB: «La *lésion* ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section».

⁴³⁸ Sobre la S 09.11.2012 de la *Cour de Cassation*, VAN OMMESLAGHE explica que es relativa al régimen jurídico de los pactos previos al divorcio por consentimiento mutuo. Rechazando el recurso interpuesto, la *Cour de Cassation* decide que «un acuerdo previo al divorcio por consentimiento mutuo está sometido a las reglas del Derecho común de las obligaciones, como toda convención de derecho patrimonial», añadiendo que «puede atacarse sobre la base de la *lésion qualifiée*, es decir, del perjuicio consistente en una desproporción manifiesta entre las prestaciones estipuladas entre las partes y que resulta del hecho de que una abusa de la posición de debilidad de la otra». VAN OMMESLAGHE afirma, que se ha reconocido incidentalmente la teoría de la *lésion qualifiée* como institución de nuestro derecho positivo, incluso si la cuestión no fue objeto de la decisión de la *Cour* como tal. [(2013) 172, p. 295].

⁴³⁹ Para PEERAER/SAMOY el reconocimiento de la prohibición de la *undue influence* se hace en el Derecho belga por la *Cour de Cassation* en una, de algún modo, ambigua sentencia de 1993 («Cass. 29 Apr. 1993»), clarificando su posición en la sentencia «Cass. 9 Nov. 2012» [ERPL (2016), p. 611 y nota 46]. Para la primera citada sentencia, la de 1993, *supra* nota 436, y para la segunda sentencia, la de 2012, la nota inmediatamente anterior a esta.

⁴⁴⁰ Advierte VAN OMMESLAGHE que, si bien *no existe unanimidad* sobre la formulación de sus requisitos y contenido, *hay gran convergencia* en la jurisprudencia y en la doctrina mayoritaria [(2013) 174, p. 297].

⁴⁴¹ WÉRY (2011) 265, p. 257.

VAN OMMESLAGHE también señala que debe haber «una *desproporción económica importante*, segura, manifiesta, evidente, caracterizada (estas diferentes adjetivaciones se encuentran en la jurisprudencia y en la doctrina) entre las prestaciones de la partes» (cursiva del original), y añade que «la seguridad jurídica lo demanda» y que la «desproporción debe apreciarla el juez, puesto que aquí no hay un *quantum* fijado por el legislador, contrariamente a lo que se prevé para el Derecho italiano por ejemplo» [(2013) 174, p. 297]. En

debe proceder del *abuso por una de las partes, de la posición de debilidad de su contratante*⁴⁴². El abuso no supone necesariamente intención de perjudicar, *ni necesariamente se acompaña de manio-*

el aludido *Derecho italiano*, de conformidad con el artículo 1448 CCI: «Azione generale di rescissione per lesione. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dalla stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. / *L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.* / La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. / Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori. / Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione» (cursiva mía). Por otro lado, según el artículo 1447 CCI: «Contratto concluso in istato di pericolo. Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla contraparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata. / Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata». *Vid.* además el artículo 1450 CCI (*offerta di modificazione del contratto*). Sobre los artículos 1447 y 1448 CCI, CATAUDELLA (2019) 19, pp. 122-128; GAZZONI (2019) pp. 1011-1021, en particular hasta p. 1017; GÓMEZ CALLE (2018), pp. 56-59.

Con anterioridad, VAN OMMESLAGHE realiza un *breve apunte de Derecho comparado*, señalando que la teoría de la *lésion qualifiée* se consagra en distintos códigos civiles modernos en términos comparables a la definición de dicha lesión, y cita y reproduce el § 138 (2) BGB y los artículos 21 CO y 1448 CCI, además de apuntar que el nuevo Código civil de los Países Bajos sanciona con la nulidad la conclusión de un acto jurídico cuando tiene lugar bajo circunstancias análogas a las de la *lésion qualifiée*, si bien la institución de los Países Bajos es muy diferente, ya que no se funda en constatar que hubo una desproporción entre las prestaciones recíprocas de las partes «(art. 44 NBW– anc. Art. 3.2.10 du projet Meyers» (171, pp. 291-292). Los citados preceptos por VAN OMMESLAGHE, a salvo el artículo 1448 CCI que he reproducido en el anterior párrafo, cuentan con el siguiente tenor literal:

a) § 138 BGB: «Negocio jurídico contra las buenas costumbres; usura/ [...] / (2) Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad notable del otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respecto de dicha prestación» [trad. ARROYO AMAYUELAS, rev. BECKMANN (2008), p. 59]; para el Derecho alemán, GÓMEZ CALLE (2018), pp. 52-56].

b) Artículo 21 CO: «1. En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. / 2. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat».

c) Artículo 3:44 BW (trad. española): «1. Un acto jurídico es anulable, cuando se haya llevado a cabo por amenaza, por dolo o por abuso de circunstancias. / [...] / 4. Abuso de circunstancias existe, cuando alguien que sepa o deba comprender que otro por circunstancias especiales, como estado de necesidad, dependencia, ligereza mental, estado de juicio anormal o inexperiencia, sea movido a realizar un acto jurídico, aunque sepa o deba comprender que debería impedirselo. / [...]» [VAN REIGERSBERG VERSLUYS (1996)].

Artículo 3:44 BW (trad. inglesa): «1. A juridical act may be annulled when it has been entered into as a result of duress, fraud or undue influence. / [...] / 4. Undue influence occurs where a person knows or ought to understand that another is being induced to perform a juridical act as a result of special circumstances –such as a state of emergency, dependency, wantonness, abnormal mental condition or inexperience– and promotes the realization of that juridical act, although what he knows or ought to understand should cause him to refrain from so doing. / [...]» [WARENDORF/THOMAS/CURRY-SUMNER (2013) p. 452].

⁴⁴² WÉRY (2011) 265, p. 257.

bras⁴⁴³. La situación de inferioridad, explotada abusivamente por la otra parte, puede originarse por las *propias características de la víctima de la lesión*, sea por su vulnerabilidad, necesidades, ignorancia, inexperiencia o pasiones⁴⁴⁴. Y esa situación de inferioridad también puede deberse a *circunstancias externas*⁴⁴⁵. Debe haber un *nexo de causalidad* entre el abuso y la manifiesta desproporción (esto es, que, sin el abuso, la víctima no hubiera concluido la convención, o lo hubiera hecho en condiciones menos desventajosas para ella)⁴⁴⁶.

c) *Fundamento y consecuencias*.—Se discute el *fundamento* de la presente teoría. *Para unos*, la convención adolece de una *causa ilícita*, pues es *contraria* a las *buenas costumbres* o *moral*: es inmoral abusar de una posición de superioridad para concluir una convención manifiestamente desequilibrada. *Y respondiendo a esa lógica*, el contrato se encuentra afectado por la *nullidad absoluta*.⁴⁴⁷ Sin

⁴⁴³ WÉRY (2011) 265, p. 257.

VAN OMMESLAGHE plantea *si el beneficiario de la lesión debe cumplir un acto positivo, incluso una maniobra, para aplicar la teoría de la lésion qualifiée, o bien basta con aprovecharse de la situación de inferioridad del otro, de la que ha de tenerse conocimiento y ser consciente*. Es una cuestión controvertida y en opinión de VAN OMMESLAGHE, la solución es que, *si el beneficiario de la lesión realizó las maniobras para beneficiarse indebidamente de la situación de inferioridad del otro, hay lesión, sin perjuicio de que, por otro lado, se cumplan las condiciones del dolo; pero la sanción por lesión igualmente tiene aplicación, sin la realización del acto positivo, si el beneficiario de la lesión se limita a aprovecharse de la situación de inferioridad que conocía*. Esto es lo que decidió la *Cour de Liège* en sus SS 17.10.1996 y 28.10.2005. De Bont (sobre él, *supra* en esta misma [A] de [73] a) considera que la sanción no habría de aplicarse si la iniciativa de la operación proviene del lesionado y la otra parte se limitó a aceptar la proposición. VAN OMMESLAGHE se pregunta si tal distinción no es demasiado conceptual e indica que, en realidad, el juez apreciará la situación *globalmente*, a la luz del conjunto de las circunstancias del caso. [(2013) 174, p. 298].

⁴⁴⁴ WÉRY (2011) 265, p. 257; apunta la comparación con el artículo 1907ter CCB. Según el artículo 1907ter CCB: «Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions, si, *abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur*, le prêteur s'est fait promettre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt o d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, le juge, sur la demande de l'emprunteur, réduit ses obligations au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal./ La réduction s'applique aux paiements effectués par l'emprunteur, à condition que la demande soit intentée dans les trois ans à dater du jour de paiement» (cursiva mía).

En relación con la teoría de la *lésion qualifiée*, VAN OMMESLAGHE indica que las circunstancias de las que puede resultar la situación de inferioridad son diversas y algunas se enumeran en el artículo 1907ter CCB; y en la doctrina y la jurisprudencia se encuentran las siguientes: *características personales de la parte lesionada* como pasiones, vulnerabilidades, ignorancia, ligereza, debilidad; *particularidades propias de la relación entre los contratantes*, que dan lugar a una ventaja a favor del otro contratante y este la aprovecha; *circunstancias socio-económicas*, como la situación de monopolio de una las partes que sitúa a la otra en posición de inferioridad; y *el estado de necesidad*, si bien esta última idea no parece tener aplicación en la jurisprudencia. [(2011) 174, pp. 297-298].

⁴⁴⁵ WÉRY (2011) 265, p. 257.

⁴⁴⁶ WÉRY (2011) 265, p. 257; *vid.* además VAN OMMESLAGHE (2013) 174, p. 299.

⁴⁴⁷ WÉRY (2011) 266, p. 258; *vid.* también 310, p. 302, y sobre las *bonnes moeurs*, 311, pp. 302-303, y las consecuencias de su infracción, la *nullité absolue* de la convención, 314, p. 307. VAN OMMESLAGHE no admite el fundamento de la causa ilícita, de la violación del orden público o de las buenas costumbres o moral, y entre otras consideraciones, señala que ello conduce a la nulidad absoluta, con lo que el propio autor de la lesión podría alegarla, mientras que la sanción a la lesión consiste, evidentemente, en una nulidad de

embargo, *la opinión mayoritaria*, en la que se incluye Wéry, prefiere considerar que en la *lésion qualifiée se falta al imperativo de la buena fe en la fase precontractual*, o más ampliamente, *que hay una culpa in contrahendo*. El abuso de la posición de inferioridad del otro contratante supone, entonces, *una culpa aquiliana sancionable por el artículo 1382 CCB* (que transcribí *supra* [37] para el derogado Derecho francés y que es el tenor literal del art. 1382 CCB) y la *reparación*, a asumir por el culpable con base en dicho artículo 1382 CCB, puede adoptar distintas formas, en particular la *reparación in natura*⁴⁴⁸. Y al respecto, y según el caso, la doctrina reconoce a la víctima el *derecho de reclamar el reequilibrio de la convención, o su desaparición retroactiva, la cual «se asemejará [...] a los efectos de una nulidad relativa»* (cursiva mía)⁴⁴⁹. Van Ommeslaghe apunta que el fundamento que propone W. De Bont para la teoría de la *lésion qualifiée*, en su antes citada tesis [en la anterior letra a)], es que el abuso de la libertad de contratar entraña la aplicación de las sanciones asociadas al abuso de derecho, en particular la de la nulidad relativa⁴⁵⁰. Van Ommeslaghe es partidario de justificar la teoría de la *lésion qualifiée* en el principio de la buena fe⁴⁵¹.

d) *El vicio de la violencia y el abuso de influencia*.—Por último, en *contraposición a la actual y antes expuesta situación del Derecho belga*, he de recordar que Dekkers reconducía el abuso de influencia *al vicio de la violencia*. Tras explicar que el temor reverencial no permite anular el contrato (art. 1114 CCB), decía que si uno utiliza su superioridad económica, profesional o social, como medio de presión para obtener ventajas que, sin ellas, no se habrían obtenido, se comete el llamado *abuso de influencia* que justifica la anulación del contrato (por ejemplo, el confesor abusa del miedo del penitente para obtener un legado o una donación «caritativa»;

protección, esto es, la nulidad relativa, en favor solo de la víctima de la lesión [(2013) 173, pp. 295-296].

⁴⁴⁸ WÉRY (2011) 266, p. 258.

En otro plano, WÉRY informa, para la responsabilidad extracontractual (art. 1382 CCB), que, según constante doctrina y jurisprudencia, el legislador no limita la reparación a los daños y perjuicios, dado que también se admite la *reparación in natura*. Para esto último, doctrina y jurisprudencia se apoyan *en los propios términos del artículo 1382 CCB*, ya que al emplear el verbo *réparer*, sin ninguna otra precisión, los redactores del Código civil quisieron indicar, que en el ámbito aquiliano no excluían ningún modo de reparación del perjuicio. En la antigua *S 06.12.1869* de la *Cour de Cassation française* se declaró que, «si lo más frecuente es que la reparación del daño se valore en dinero, los términos del artículo 1382 no excluyen, sin embargo, de manera absoluta todo otro modo de reparación». La *Cour de Cassation belge* también ha tenido ocasión de recordar, en repetidas ocasiones, la admisión de la *reparación in natura* en el ámbito extracontractual. [(2016) 69, pp. 78-79]. Además, según WÉRY, «la *reparación in natura* de un daño [en sentido estricto] tiene por fin conceder, a la víctima de un daño causado por el hecho de otro, un equivalente no pecuniario del derecho o del interés lesionado» [(2016) 93, p. 97; *vid. además* 96, pp. 100-101].

⁴⁴⁹ WÉRY (2011) 266, p. 258; *vid. también* del mismo (2016) 85, p. 90, y *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège* (2015), p. 216, pero desde p. 215. Para el fundamento de la *lésion qualifiée* de la *culpa in contrahendo* y la aplicación de la responsabilidad aquiliana, VAN OMMESLAGHE apunta que la sanción sería la *reparación in natura* bajo la forma de la nulidad relativa, si bien el juez puede adoptar una solución menos radical, en particular mediante la indemnización de los daños y perjuicios que reparen la desproporción, lo que se produce en el dolo incidental [(2013) 173, p. 296].

⁴⁵⁰ VAN OMMESLAGHE (2013) 173, p. 296.

⁴⁵¹ VAN OMMESLAGHE (2013) 173, p. 296, pero *vid. hasta* p. 297.

el patrón, sin abiertas amenazas, abusa del miedo del empleado a perder su puesto de trabajo, haciéndole consentir que le adelante fondos)»⁴⁵². Similares ideas para el *abuso de influencia* se leen en De Page⁴⁵³.

[B] *La violencia y el estado de necesidad*.—El antes aludido vicio de la violencia también sirve a De Page para encauzar y solucionar el *estado de necesidad*, en donde la violencia proviene de *eventos exteriores*, con un considerable campo de aplicación. Así, el contrato de asistencia marítima celebrado por la influencia del peligro y en condiciones no equitativas; si, quien fue atacado, contrata a un tercero para que le dé seguridad, habiendo coacción si la remuneración es excesiva; el médico o cirujano que contrata inmediatamente antes de la intervención una remuneración anormal, o usan con el mismo fin su monopolio sobre cierto suero o tratamiento; etc. Ahora bien, el *estado de necesidad* no ha de extenderse más allá de ciertos límites. En cuanto a su sanción, De Page señala que el texto legal para la asistencia marítima dispone la nulidad del contrato o la modificación de sus condiciones y, para los otros casos, la nulidad es la única sanción legal. Sin embargo, la nulidad del contrato permite al otro contratante actuar con base en la gestión de negocios, o incluso en el enriquecimiento sin causa. Por ello, la jurisprudencia encuentra más oportuno reducir directamente el montante de la remuneración, procedimiento útil y práctico que De Page aprueba⁴⁵⁴.

En la actualidad, Van Ommeslaghe señala que un caso particular de violencia resulta del *estado de necesidad*, en donde el temor del mal considerable resulta de las circunstancias (incendio, tempestad marítima) y el contratante lo aprovecha para imponer un contrato que le es ventajoso⁴⁵⁵. Y para Wéry, la jurisprudencia ha tenido en cuenta la violencia derivada de las circunstancias, si el otro contratante aprovechó el temor provocado por los eventos para obtener ventajas excesivas o indebidas, si bien sus aplicaciones apenas son numerosas y esa «escasez puede deberse a la interpretación extensiva de la que son objeto el dolo y la *lésion qualifiée*»⁴⁵⁶.

[74] El dolo es un ilícito civil y un vicio del consentimiento⁴⁵⁷. Requisito del dolo es la *intención de engañar* por parte de su autor

⁴⁵² DEKKERS (1955) 57, p. 36.

Según el artículo 1114 CCB: «La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat».

⁴⁵³ DE PAGE (1962) 60, p. 76, pero *vid.* desde p. 75.

⁴⁵⁴ DE PAGE (1962) 62, pp. 77-78.

⁴⁵⁵ VAN OMMESLAGHE (2013) 164, p. 287; continúa: «así para los bomberos, que aprovechando el incendio, exigen del propietario del inmueble un pago indebido por el desplazamiento./ También, cuando los socorristas aprovechan el salvamento marítimo para negociar un precio por la intervención demasiado elevado (arts. 275 a 265 de la ley marítima en caso de asistencia en el mar)».

⁴⁵⁶ WÉRY (2011) 255, pp. 250-251.

⁴⁵⁷ De delito civil hablan WÉRY (*supra* nota 427) y DE PAGE (*infra* notas 491 y 498); de cuasi delito, DEKKERS (*infra* nota 513); y que es vicio del consentimiento, por ejemplo, DE PAGE (1962) 36, p. 48, y 54, p. 71, VAN OMMESLAGHE (2013) 135, p. 251. DE PAGE

—la intención de animar al otro a la celebración del contrato—⁴⁵⁸. Este *elemento subjetivo (intencional)* es una condición *sine qua non* del dolo⁴⁵⁹. Para que exista dolo, no se exige de su autor que hubiera querido causar daño a su víctima⁴⁶⁰.

1.2.2 LAS MANIOBRAS Y LAS MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL). EL *DOLUS BONUS*

[75] Sobre las *maniobras* que el artículo 1116 CCB requiere, Wéry apunta que deben entenderse *en sentido amplio*⁴⁶¹. El dolo se refiere «a todo tipo de artificio», engaños, deslealtades que una parte emplea para inducir a error a la persona con la que contrata⁴⁶² y de ahí lo vano de intentar un listado de procedimientos insidiosos, *ya que el dolo puede revestir las formas más diversas*⁴⁶³. Sobre la *mentira*, incluso la verbal, Wéry señala que no merece la indulgencia de los tribunales⁴⁶⁴. Ahora bien, se reprime el *malus dolus*, escapando del Código civil el *bonus dolus*⁴⁶⁵. Por su parte, De Page

decía, «el dolo no es solo un vicio del consentimiento en su víctima, sino también un cuasi delito de su autor» (54, p. 71).

⁴⁵⁸ WÉRY (2011) 245, p. 245. VAN OMMESLAGHE señala, igualmente, que el dolo supone necesariamente un elemento intencional, y que, según la *S 17.02.2012*, «el dolo previsto en el artículo 1116 del Código civil implica, no obstante, que un contratante utiliza intencionalmente artificios en vista a incitar a la otra parte a concluir el contrato en las condiciones convenidas» [(2013) 149, p. 269].

⁴⁵⁹ WÉRY (2011) 245, p. 245.

⁴⁶⁰ WÉRY (2011) 245, p. 245.

⁴⁶¹ WÉRY (2011) 243, p. 242; señala que en el plano etimológico, «manceuvres» significa «de la main de l'homme».

⁴⁶² WÉRY (2011) 243, p. 242; reproduce la definición de dolo dada por Domat (al respecto *supra* [16] [A] y nota 106).

⁴⁶³ WÉRY (2011) 243, p. 242; explica: «La puesta a punto de una estratagema, de una maquinación es, sin ninguna duda, el artificio más destacable. Una parte puede recurrir a cómplices para hacer creer que existen cualidades imaginarias. También puede crear falsos documentos, falsos balances, etc. El propietario de un coche puede, antes de venderlo, estar tentado de falsear su cuentakilómetros o disimular los impactos ocasionados al vehículo en un accidente. El dolo también puede inferirse de indicaciones que figuran en los documentos publicitarios del vendedor» [(2011) 243, pp. 242-243]. *Vid.* VAN OMMESLAGHE (2013) 152, p. 271, en donde expone distintos casos de la realidad.

⁴⁶⁴ WÉRY (2011) 243, p. 243. Según VAN OMMESLAGHE, «incluso una mentira puramente verbal puede constituir dolo, según las circunstancias» [(2013) 152, p. 272].

⁴⁶⁵ WÉRY (2011) 245, p. 245; señala que la *línea divisoria* entre las exageraciones *tolerables* en los negocios y las *prohibidas* es a veces difícil de trazar y debe abandonarse a la prudencia y apreciación soberana del juez *de fond*; además, el campo del *bonus dolus* tiende a retraerse en los contratos de consumo. DE PAGE exceptuaba del dolo todos los artificios inofensivos, relacionados con la clientela y el reclamo comercial, tolerados por los usos (mercaderías particularmente ensalzadas, a condición de que no haya engaño sobre su origen, «productos infalibles», «precios sin concurrencia», etc.; «Bruxelles, 9 noviembre 1903»); DE PAGE apunta que tal solución (*dolus bonus*) ya se admitía en Roma y que va de suyo que no es preciso ir demasiado lejos por esta vía; en el ámbito de las *emisiones financieras*, ha de mostrarse más severo, por dirigirse al gran público, el cual, de ordinario, no tiene medios para verificar lo indicado en los prospectos [(1962) 50, pp. 65-66, y nota 1 en p. 66; para el Derecho romano, *supra* nota 116]. Según DEKKERS, los antiguos oponían el *dolus malus* al *dolus bonus*, comprendiendo este último los artificios

también *señaló* el entendimiento *amplio* de las *maniobras* del artículo 1116 CCB⁴⁶⁶. Refiere las mismas a todo *acto* tramado para el engaño, a la simple *mentira*, incluso verbal, y a la *reticencia* (de esta última trato específicamente a continuación)⁴⁶⁷.

1.2.3 LA RETICENCIA DOLOSA (ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE

[76] Wéry apunta que debe distinguirse el *simple silencio* y la *reticencia dolosa*, y en esta última, *una parte calla lo que sabe y debía haber hecho saber a su contratante* (hay *dolo negativo*)⁴⁶⁸. Sobre la jurisprudencia, en ella se observa una importante evolución⁴⁶⁹. *Inicialmente*, por conectarse el dolo con las *maniobras* que el artículo 1116 CCB exige, el dolo *se confinaba al positivo*⁴⁷⁰. Pero, la *S 28.04.1961* de la *Cour de Cassation* abrió una *primera brecha*, calificando de dolo la reticencia acompañada de declaraciones falsas⁴⁷¹. La posterior *S 08.06.1978* *continuó la evolución*, considerando que «la reticencia por una de las partes, al celebrar el contrato, puede constituir *en ciertas circunstancias* el dolo del artículo 1116 CCB, si aquélla recae sobre un hecho que, si lo hubiera conocido la otra parte, le habría animado a contratar en condiciones menos onerosas» (cursiva mía)⁴⁷². Lo anterior –verdadero para el dolo *incidental*, señala Wéry– ha también de serlo para el dolo

inofensivos de reclamo comercial («productos infalibles», «precio sin competencia»); en cierto sentido, el comercio es un juego y las dos partes deben conocer las reglas: la ley no se apiada del ingenuo; dolo «malo» solo son las maniobras de tal naturaleza que engañen a una persona normalmente atenta [(1955) 49, p. 32].

⁴⁶⁶ DE PAGE (1962) 50, p. 65.

⁴⁶⁷ DE PAGE (1962) 50, p. 65.

⁴⁶⁸ WÉRY (2011) 244, p. 243; apunta que, en sí mismo, *el silencio es neutro*: un negociador puede callarse *porque no sabe nada*, o no revela informaciones que conoce *porque estima, de buena fe o de modo imprudente, que carecen de interés para la otra parte, o conscientemente* omite comunicar informaciones para *inducir a error a su contratante y animarle a negociar con él*. Para DE PAGE, «[l]a reticencia es la disimulación *querida*, insidiosa. Es el silencio cualificado por las circunstancias en las que interviene, y por razón de dichas circunstancias. Se trata del caso en el que el silencio no es una simple actitud de neutralidad o de indiferencia, sino que adquiere un significado tal, que deviene directamente contrario a la honestidad, a la lealtad. Nosotros sabemos que toda discriminación *precisa* es difícil. Ello no impide que haya silencios legítimos y otros que no lo sean. Todo es cuestión de hecho y del caso («voy. cass. fr., 23 mai 1933» [...]). El mejor criterio parece ser, si el silencio ha sido, o ha podido ser, en relación con las circunstancias, objeto de un *cálculo*, cuyo resultado se espera que haya sido el error del cocontrante. Se calla “dolosamente” cuando se sabe, o debe saberse, que si se habla, el contrato no se concluirá; *a fortiori*, cuando se afirma, o se deja de afirmar, en una convención, un hecho contrario a la situación real y perfectamente conocido por la parte a la que se le reprocha el dolo («cass. fr., 23 mai 1933 [...]») [cursiva del original; (1962) nota 4 en p. 65].

⁴⁶⁹ WÉRY (2011) 244, p. 243.

⁴⁷⁰ WÉRY (2011) 244, p. 243.

⁴⁷¹ WÉRY (2011) 244, p. 243.

⁴⁷² WÉRY (2011) 244, pp. 243-244.

principal y la *Cour* lo ha afirmado en posteriores sentencias, sin sorpresa⁴⁷³.

Van Ommeslaghe alude, asimismo, a la *antes citada* S 08.06.1978 de la *Cour de Cassation*, según la cual la reticencia puede constituir dolo «*en ciertas circunstancias*»⁴⁷⁴. Según el mencionado autor, si bien dicha sentencia disipa las incertidumbres que podían resultar de su jurisprudencia anterior, la *Cour se guarda de indicar cuáles son esas circunstancias; todo depende, pues, del supuesto*⁴⁷⁵. Van Ommeslaghe menciona también la posterior S 17.02.2012, para la que «la reticencia de una parte, cuando se concluyó la convención, puede, en ciertas circunstancias, constituir dolo en el sentido del artículo 1116 del Código civil si recae sobre un hecho que, si hubiera sido conocido por la otra parte, le habría animado a no concluir el contrato o a concluirlo en condiciones menos onerosas»⁴⁷⁶.

[77] Wéry destaca la *conexión existente entre la reticencia dolosa y la obligación de información*, pues, para que el silencio pueda transformarse en reticencia, se requiere que la parte infrinja un deber de información⁴⁷⁷. Ahora bien, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria no existe una obligación general que imponga a toda persona revelar toda la información que posea y que estime que pueda ser útil a la otra parte, cuando se concluye el contrato⁴⁷⁸. Si se reconociese una tan amplia definición de la obligación de información, ello constituiría un riesgo que minaría la indispensable seguridad jurídica⁴⁷⁹. En cambio, en ciertos casos sí hay obligaciones (deberes) especiales de hablar, cuyo origen puede encontrarse en particulares disposiciones legales, o en los usos, o derivar de la situación profesional o particular posición de quien detenta la información, o de las circunstancias⁴⁸⁰. El deber de información encuentra su límite en el deber, de la otra parte, de informarse⁴⁸¹. La violación imprudente de la obligación de infor-

⁴⁷³ WÉRY (2011) 244, p. 244; *vid.* además nota 122 en p. 244. DEKKERS afirmaba que la palabra *maniobra* cubría «no solo actos, sino también mentiras y omisiones. La reticencia, por ejemplo, la reserva mental pueden constituir dolo, cuando intervienen en circunstancias decisivas para la conclusión del contrato; cuando bastaría con hablar para que el contrato no se concluyese» [(1955) 49, p. 32]. También DE PAGE admitía la reticencia dolosa como supuesto de dolo del artículo 1116 CCB (sobre ello *supra* [75]).

⁴⁷⁴ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272.

⁴⁷⁵ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272.

⁴⁷⁶ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272.

⁴⁷⁷ WÉRY (2011) 244, p. 244; añade «[n]o se puede reprochar dolo a la parte que no revela lo que no sabe, y esto incluso si la ignorancia fuera culposa».

⁴⁷⁸ WÉRY (2011) 244, p. 244.

⁴⁷⁹ WÉRY (2011) 244, p. 244.

⁴⁸⁰ WÉRY (2011) 244, p. 244.

⁴⁸¹ WÉRY (2011) 244, p. 244; añade, que para apreciar el carácter doloso de una mentira o de un silencio, el juez *tendrá en cuenta los derechos fundamentales*, en particular, el derecho a la vida privada, y los derechos fundamentales que *puedan legitimar* la

mación *no* constituye una maniobra dolosa, incluso si fuera por culpa grave (pues, *culpa lata dolo non aequiparatur*)⁴⁸².

Van Ommeslaghe ofrece, en términos generales, similar información a la que Wéry proporciona. Aquel señala que la reticencia dolosa supone la retención voluntaria de información⁴⁸³. Ahora bien, no toda retención voluntaria de información constituye necesariamente una reticencia dolosa, ya que es preciso, *según las circunstancias*, que, quien calla, tenga la obligación de hablar («*une obligation de parler*», cursiva del original), de revelar a la otra parte informaciones que conoce⁴⁸⁴. La obligación de hablar puede resultar de *diversas circunstancias*⁴⁸⁵. Puede resultar de la ley, de la situación profesional o de la particular posición de una de las partes, de las circunstancias en las que se desarrollaron los tratos preliminares para la conclusión de la convención y de la buena fe que debe presidirlas, y de la obligación de responder correctamente a cuestiones planteadas en la fase precontractual (obligación de lealtad)⁴⁸⁶. Van Ommeslaghe precisa, además, que para apreciar las circunstancias constitutivas de la reticencia dolosa han de tenerse en cuenta, igualmente, el comportamiento de quien pretenda ser víctima, sus competencias, sus medidas de precaución e información que las normas del buen comportamiento le impongan; no hay obligación de hablar para confirmar a la otra parte la existencia de informaciones que ella posea, o que debería poseer⁴⁸⁷.

Por su parte, De Page aclaraba que, si «en virtud de la ley o de las *circunstancias*, no hay obligación de hablar, el *silencio* no equivale a la reticencia y no constituye dolo» (cursiva del original)⁴⁸⁸. Y consideraba que «había *obligación de hablar* en virtud de las circunstancias –y por tanto reticencia y dolo si no se habla– cuando un vendedor omite señalar a su comprador, que lo ignora, una circunstancia que sabe que es de tal naturaleza que impide al comprador dar su acuerdo (en el caso, la adquisición de un terreno, sabiendo el vendedor que el comprador, extranjero en la región, lo

mentira o el silencio; el clásico ejemplo es el de la candidata a un empleo, que no informa de su embarazo a su futuro empleador. VAN OMMESLAGHE informa que, en ciertos casos, existe controversia sobre la obligación de hablar, como si la mujer encinta tiene obligación de informar a su futuro empleador de su estado, antes de ser contratada, sobre lo cual algunas jurisdicciones responden afirmativamente y otras no; o, si las personas que son contratadas como trabajadores manuales tienen obligación de informar a su empleador de su titulación universitaria, sobre lo que la *Cour du travail de Anvers* dijo que sí en su *S 04.06.1981*, y la misma *Cour* dijo que no en su *S 14.01.1981* [(2013) 153, pp. 274-275]. Para el derecho a mentir y el Derecho alemán, *supra* nota 141. Vid. además *supra* nota 124.

⁴⁸² WÉRY (2011) 245, p. 245; pero, si la culpa lata no da lugar a la nulidad del contrato, por tratarse de una *culpa in contrahendo*, si hubiera lugar a la indemnización, la responsabilidad sería aquiliana.

⁴⁸³ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 272; advierte que no es el caso de la negligencia, en particular si corresponde a la otra parte informarse de conformidad con las normas del comportamiento prudente.

⁴⁸⁴ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 273.

⁴⁸⁵ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 273.

⁴⁸⁶ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 273; *vid.* hasta p. 274, en donde menciona diversos casos de la realidad.

⁴⁸⁷ VAN OMMESLAGHE (2013) 153, p. 274.

⁴⁸⁸ DE PAGE (1962) 50, p. 65.

adquiere con la finalidad de construir y el terreno se encuentra gravado administrativamente con una prohibición de construir de duración indeterminada» («Bruxelles, 22 avril 1955») ⁴⁸⁹.

1.2.4 EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL. LA IRRELEVANCIA DEL ERROR INEXCUSABLE

[78] La doctrina y la jurisprudencia –esta última desde las SS 24.01.1924 y 23.12.1926 de la *Cour de Cassation*– distinguen entre el dolo principal y el incidental ⁴⁹⁰. El dolo principal determina el consentimiento de la víctima, en cuanto que, sin él, no habría concluido el contrato y se sanciona con la anulación de la convención y además con la posible indemnización de daños y perjuicios. El dolo incidental supone que, sin él, la víctima hubiera concluido el contrato en otras (mejores) condiciones y solo se sanciona con la indemnización de daños y perjuicios, lo que se traduce frecuentemente en la reducción del precio ⁴⁹¹.

[A] *La valoración sobre la distinción entre el dolo principal y el incidental.*–Van Ommeslaghe informa de que parte de la doctrina ha criticado dicha distinción, dado que, psicológicamente, es difícil de justificar y es delicado determinar en qué hipótesis la víctima del dolo habría rehusado contratar, o habría concluido la operación en otras condiciones ⁴⁹². Sin embargo, en el plano de lo pragmático ha de reconocerse que la distinción entre dolos permite consagrar soluciones de buen sentido, pues es posible corregir las consecuencias de engaños groseros sin llegar a la extinción de la convención ⁴⁹³. En

⁴⁸⁹ DE PAGE (1962) 50, nota 5 en p. 65.

⁴⁹⁰ VAN OMMESLAGHE cita las sentencias que menciono en el cuerpo del texto y añade, «de acuerdo, por otro lado, con una tradición ya antigua en la interpretación del Código civil»; afirma que, desde entonces, la jurisprudencia permanece muy fiel a esa distinción entre dolos, de la que ha hecho numerosas aplicaciones [(2013) 155, p. 276; *vid.* hasta p. 277].

⁴⁹¹ VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276; WÉRY (2011) 246, p. 245.

DE PAGE explicaba, que «[e]n los términos del artículo 1116 del Código civil, el dolo no es causa de nulidad sino cuando las maniobras practicadas son tales que, sin ellas, es evidente que la parte no habría contratado. En otras palabras, las maniobras dolosas (o más exactamente, el engaño que de ello resulta y que ha provocado el error) deben haber sido la causa determinante del acto. A esto se le denomina *dolo principal*, *dolus dans causam contractui*, que tradicionalmente se opone al *dolo incidental*, *dolus incidens in contractu*, el cual, sin ser la causa determinante del contrato, ha, sin embargo, tenido por efecto modificar las condiciones normales, animando por ejemplo a una de las partes a contratar en condiciones más onerosas»; ni el dolo causal, ni el incidental «son indiferentes en Derecho. Pues el dolo, de suyo, es un delito civil, que siempre debe reprimirse. Pero se distinguen, esencialmente, desde el punto de vista de su sanción: el dolo principal entraña la nulidad del contrato, en tanto que el dolo incidental no da lugar más que a los daños y perjuicios» [cursivas del original; (1962) 51 pp. 66-67; también 54, p. 71].

Vid. también DEKKERS (1955) 49, p. 32; este autor apunta que, en verdad, el artículo 1116 CCB no prevé más que el dolo principal y la jurisprudencia deduce que el dolo incidental no entraña la nulidad del contrato, sino que solo da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios (DEKKERS cita «cass., 23 décembre 1926») [(1955) nota 1 en p. 32].

⁴⁹² VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

⁴⁹³ VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

realidad, la práctica demuestra que, en general, apenas existe dificultad para determinar, de hecho, cuál habría sido la actitud de la víctima de las maniobras si estas no se hubieran cometido⁴⁹⁴. Van Ommeslaghe señala que *la mayoría de la doctrina* aprueba la distinción entre dolos, en su opinión con justo título⁴⁹⁵.

[B] *El dolo incidental que recae sobre la cuantía del precio.*—Sobre dicho dolo, De Page señalaba que la indemnización de los daños y perjuicios *puede conducir al resultado final de la disminución del precio* y lo explicaba a través de la compraventa (ejemplo)⁴⁹⁶. Apuntaba que el comprador sigue debiendo el precio, pero al mismo se le deben indemnizar los daños y perjuicios, extinguiéndose ambas deudas en la cantidad concurrente (compensación)⁴⁹⁷. Tal articulación jurídica supone que *no ha lugar a la modificación de las cláusulas contractuales*—solución en principio prohibida al juez— y simplemente es el resultado de un cálculo que proviene de la concesión de la indemnización de los daños y perjuicios⁴⁹⁸.

[C] *El dolo incidental y la anulación del contrato.*—Wéry se ocupa de la tesis según la cual *la anulación del contrato por dolo incidental podría ampararse en la reparación in natura del artículo 1382 CCB, lo que no comparte*.

Wéry explica que el Juez no puede arbitrariamente determinar la indemnización *in natura*, ya que, imperativamente, debe existir *cierta equivalencia entre el derecho o el interés lesionado y la ventaja de la reparación in natura*. La equivalencia tiene que ser cuantitativa y cualitativa. Sobre la cuantitativa, advierte que la misma se pierde frecuentemente de vista cuando se trata de la reparación *in natura*. Por ejemplo, se pierde en la tesis de que la víctima del dolo incidental podría reclamar, no solo la condena a que su contratante le pague daños y perjuicios, sino la anulación del contrato como reparación *in natura*. Wéry recuerda que, *por hipótesis*, la víctima del dolo incidental habría *en todo caso concluido el contrato con el autor de las maniobras dolosas*, si bien en condiciones menos desventajosas. El comprador habría, por ejemplo, adquirido a un menor precio y *la diferencia* entre el precio al cual habría consentido comprar (hipótesis) y el precio al que efectivamente se vinculó *constituye el perjuicio a reparar*. La posibilidad de anular el contrato, al amparo de la reparación *in natura*, *supondría conceder a la víctima del dolo incidental una ventaja superior del perjuicio sufrido*⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

⁴⁹⁵ VAN OMMESLAGHE (2013) 155, p. 276.

⁴⁹⁶ DE PAGE (1962) nota 2 en p. 67.

⁴⁹⁷ DE PAGE (1962) nota 2 en p. 67.

⁴⁹⁸ DE PAGE (1962) nota 2 en p. 67; cita la *S 24.01.1924* de la *Cassation*, sobre la que indica, que decidió que la demanda de nulidad por dolo contiene siempre implícitamente una demanda subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios para el caso de que se establezca el dolo incidental; el motivo jurídico de ello parece ser que las dos demandas tienen una causa jurídica única: el dolo, cualquiera que sea su resultado, es un hecho único en su naturaleza: un delito civil.

⁴⁹⁹ WÉRY (2016) 94, pp. 97-98; *vid.* también (2011) 246, pp. 245-246.

[79] Wéry advierte que la deslealtad, de la que es culpable el autor del dolo, justifica cierta indulgencia respecto de su víctima⁵⁰⁰. Y así, habiendo dolo, *la inexcusabilidad del error de la víctima no impide la nulidad del contrato*⁵⁰¹. En la importante *S 23.09.1977*, la *Cour* declaró que «sí, según las constataciones soberanas del *juge du fond*, el dolo determinó el consentimiento, el cocontratante no puede invocar la imprudencia, ni incluso la negligencia grave e inexcusable de la víctima del dolo; la mentada imprudencia o negligencia no tiene por consecuencia hacer excusable, a su vez, al dolo, ni evitar la anulación de la convención o la concesión de daños y perjuicios»⁵⁰². La víctima del dolo merece más indulgencia que el autor de las maniobras (*Fraus omnia corrumpit*)⁵⁰³. Si el error sobre el precio lo provocó el dolo, se sanciona con la nulidad del acto⁵⁰⁴. En la misma línea de lo expuesto por Wéry, se manifiesta Van Ommeslaghe⁵⁰⁵.

Según De Page, el dolo debe apreciarse de modo más amplio si la víctima es inexperta o ignorante en los negocios, solución opuesta a la admitida para el error y ello porque el dolo deriva de una voluntad maliciosa⁵⁰⁶. *Sin embargo advertía*, que debía tenerse en

⁵⁰⁰ WÉRY (2011) 249, p. 247.

⁵⁰¹ WÉRY (2011) 249, p. 247.

⁵⁰² WÉRY (2011) 249, p. 247; en nota 151 en p. 247, señala también «Cass., 29 mai 1980 [...]; Cass., 21 avril 1988 [...]; Cass., 18 mars 2010 [...]»; al respecto *infra* [84] en caja más pequeña.

⁵⁰³ WÉRY (2011) 249, p. 247.

⁵⁰⁴ WÉRY (2011) 249, p. 247; precisa, además, que el error provocado por dolo *no debe necesariamente recaer sobre la sustancia de la cosa*.

⁵⁰⁵ VAN OMMESLAGHE (2013) 156, pp. 278-279. Alude también a la *S 23.09.1977*, doctrina confirmada por «Cass., 6 octobre 1977 [...], Cass., 29 mai 1980, [...] 18 mars 2010 [...]» (nota 752 en p. 278; cfr. con lo apuntado *supra* nota 502) y seguida generalmente por los *juges du fond*. Según VAN OMMESLAGHE, si se considera que el dolo esencialmente es un vicio del consentimiento distinto del error del artículo 1110 CCB (de igual tenor que el art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89), se puede decidir que deba solo considerarse el comportamiento del autor de las maniobras, sin que la negligencia, incluso grave, de la víctima pueda evitar la sanción, particularmente por la aplicación del adagio *Fraus omni corrumpit*. La *S 18.03.2010* de la *Cour de Cassation* confirma que ese adagio es el fundamento de la regla que obstaculiza que el dolo procure una ventaja a su autor. Por consiguiente, tal adagio prohíbe, al que se le demanda la nulidad, invocar la negligencia, la culpa grave o incluso el error inexcusable del otro, para limitar su obligación de indemnizar los daños consecuencia del dolo. Sin embargo, otros autores, informa además VAN OMMESLAGHE, insisten en el parentesco entre el dolo y la responsabilidad civil; el dolo es una *culpa in contrahendo* y entonces habrá de tenerse en cuenta el eventual reparto de responsabilidad entre el autor y la víctima del dolo que actuó con culpa y dio lugar a los daños (es decir, a la conclusión de la convención desventajosa). VAN OMMESLAGHE opina que no debe retenerse el anterior argumento, incluso si se asigna a la teoría del dolo un fundamento ligado a la responsabilidad extracontractual. Según la *S 06.11.2002* de la *Cour de Cassation*, el autor de un fraude no puede prevalecer de una culpa por negligencia cometida por la víctima del fraude para pretender un reparto de responsabilidades; la teoría de la equivalencia de las condiciones que, en principio, justificaría ese reparto, es precisamente descartada por el adagio *Fraus omnia corrumpit*.

⁵⁰⁶ DE PAGE (1962) 50, p. 66.

cuenta cierta medida: maniobras que no habrían de tener efecto alguno sobre una persona *normalmente razonable e informada* no podrían considerarse constitutivas de dolo; si en la venta, el comprador puede fácilmente verificar las alegaciones incriminatorias, no hay dolo⁵⁰⁷. Reconoce que, sin duda, es preciso apreciar la receptividad de la víctima *pro subjecta materia*, pero sin llegar tan lejos como para proteger la ignorancia imperdonable o la negligencia grosera, ya que cada uno debe conducirse en sus negocios con un mínimo de discernimiento y atención⁵⁰⁸.

1.2.5 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE

[80] Del tenor literal del artículo 1116 CCB («por una de las partes», luego, de ella debe proceder el dolo), *se deduce con claridad que el engaño procedente de un tercero no causa la nulidad de la convención*⁵⁰⁹. Debido a sus maniobras, el tercero asume una responsabilidad aquiliana frente a su víctima⁵¹⁰.

[81] La exclusión de la anulabilidad de la convención, si hubo dolo de tercero, exige determinar *cuándo existe este y cuándo no*. *En los contratos onerosos*, el ámbito que me interesa⁵¹¹, el contrato podrá anularse por dolo, si el contratante, que no lo sufrió, fue *cómplice* del tercero; también si dicho contratante *supo* de la actuación del tercero y guardó silencio⁵¹². El dolo cometido por el *representante* de la parte vicia la convención y permite a la otra, que sufrió el dolo, la anulación de la convención⁵¹³.

⁵⁰⁷ DE PAGE (1962) 50, p. 66.

⁵⁰⁸ DE PAGE (1962) 50, p. 66.

⁵⁰⁹ WÉRY (2011) 247, p. 246. Lo mismo, VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 279; DE PAGE (1962) 52, p. 67, y en nota 6 en p. 67 añade que la solución para el dolo de tercero es anómala y ha sido mantenida, igualmente, por el artículo 28 CO (para el Derecho suizo, *supra* [62] [G]); DEKKERS (1955) 50, p. 32.

⁵¹⁰ WÉRY (2011) 247, p. 246. Lo mismo, VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, p. 68, y 54, p. 71; DEKKERS (1955) 50, p. 33.

⁵¹¹ WÉRY advierte que, *de lege lata*, se admite la *nulidad de las liberalidades*, incluso si el engaño procede de tercero, y lo mismo para los *actos unilaterales* (ya que solo hay una parte) [(2011) 247, p. 246 y nota 142 en p. 246]. Lo mismo, VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, pp. 69-70 y *vid. supra* [69] en caja más pequeña.

⁵¹² WÉRY (2011) 247, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, p. 70 (de nuevo de refiere al art. 28 CO, señalando que es la solución expresamente admitida por el Código suizo de las obligaciones, y añade, por el Código polaco de las obligaciones de 1934, art. 40; nota 2 en p. 70; *vid. además* 57, pp. 72-73).

⁵¹³ WÉRY (2011) 247, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 279 (también se refiere a la teoría orgánica para las sociedades).

DEKKERS explica que se había *entendido*, que el dolo cometido por el representante se solucionaba mediante la indemnización de daños y perjuicios, dado que el dolo es un cuasi-delito y la representación no funciona en el cuasi-delito cometido por el mandatario, *pero hoy se entiende*, que se soluciona con la anulabilidad del contrato celebrado con el representado, pues, por haber este confiado en un representante poco escrupuloso, asume todos los riesgos, si bien tiene derecho de regreso contra el representante [(1955) 51, p. 33]. DE PAGE *opinaba*

El dolo de tercero y la violencia de tercero.—En el Derecho belga *se critica* que el dolo de tercero *no* anule el contrato, *comparando* con la regla aplicable a la violencia de tercero, que *sí* lo permite (art. 1111 CCB, del mismo tenor literal que el derogado art. 1111 CCF que transcribí *supra* nota 380). De Page explica la razón de la regla aplicable al dolo de tercero, que critica, y considera que *es el régimen del Código civil belga el que está defectuoso*.

Con sus palabras:

«Esta solución procede del Derecho romano. El dolo se consideraba siempre como delito y no como vicio del consentimiento. Y como toda pena, incluso la civil, es personal, la acción no se da más que contra el culpable y no contra la parte que se aprovecha».

Esta forma de ver las cosas se conserva en nuestro Derecho por costumbre, más que por haberse adoptado deliberadamente. Desde el momento en que el dolo no es más que un *vicio del consentimiento*, la anterior regla no se justifica más. La voluntad se encuentra viciada, tanto si el dolo procede de tercero como de una de las partes. Todos los autores están de acuerdo en este punto⁵¹⁴.

La incoherencia del Código destaca más, cuando por otro lado, en la violencia [...], el contrato se anula, incluso si proviene de un tercero.

Todos los autores se esfuerzan en dar razones plausibles de esta diferencia de régimen⁵¹⁵. Todas son incorrectas. Es el propio régimen del Código civil el que es defectuoso» (cursiva del original)⁵¹⁶.

Se muestran contrarios a la irrelevancia del dolo de tercero a efectos de la impugnación contractual y ofrecen similares consideraciones a las expuestas por De Page, Dekkers⁵¹⁷ y Wéry⁵¹⁸.

Por último, si, existiendo dolo de tercero, el error causado en su víctima pudiera encajar en el error vicio del artículo 1110 CCB (del mismo tenor literal que el derogado artículo 1110 CCF que

que había de decidirse, sin duda, en favor de que el representado debía sufrir todas las consecuencias del dolo de su representante, lo que incluye a la nulidad contractual; imperiosos motivos de seguridad —la protección de los terceros de buena fe— exigen esa solución, que, por otro lado, se funda en otra teoría de Derecho, la de la *culpa in eligendo*; esto es, el mandatario adoptó una mala elección al elegir a cierta persona como mandatario o agente y las consecuencias de su mala elección son de su cargo, no pudiendo recaer, en modo alguno, ni indirectamente —esto es, mediante la sustitución de la acción de nulidad del contrato, por la de daños y perjuicios— sobre los terceros de buena fe; por haber confiado en un representante poco escrupuloso, el representado asume todos los riesgos y habrá de retornar contra dicho representante, pues sería injusto que ese papel lo asumiera la víctima del dolo [(1962) 52, pp. 68-69; se refiere además a la teoría orgánica para las personas jurídicas, en 52, p. 69].

⁵¹⁴ Por todos los autores, DE PAGE cita a Colin y Capitant, y a Josserand [(1962) nota 1, en p. 68]. Sobre Josserand, *supra* [63] [A].

⁵¹⁵ Por todos los autores, DE PAGE cita en particular a Colin y Capitant [(1962) nota 2, en p. 68].

⁵¹⁶ DE PAGE (1962) 52, p. 68.

⁵¹⁷ DEKKERS (1955) 50, p. 33, y notas 1 y 2 en p. 33; para la violencia, (1955) 55, p. 35.

⁵¹⁸ WÉRY (2011) 247, p. 246.

transcribí *supra* nota 89; el conocido como *error espontáneo*), la convención *podrá anularse con fundamento en dicho artículo y vicio de error*⁵¹⁹.

1.2.6 LA PRUEBA DEL DOLO

[82] Quien pretenda ser considerado como víctima de dolo, tendrá que probarlo (art. 1116.II CCB)⁵²⁰. Por ser *un hecho jurídico*, el dolo puede probarse por *todo medio* admitido en Derecho (así, mediante testigos, presunciones; la prueba por indicios puede fundarse en hechos anteriores y posteriores a la conclusión del contrato)⁵²¹.

Sin embargo, el artículo 1116.II CCB indica que el dolo no se presume y debe probarse. *¿Cómo ha de entenderse esto?* Dekkers y De Page advierten que la razón de que se disponga expresamente que el dolo no se presume es porque quiso *descartarse* la regla del *ancien droit*, según la cual el dolo puede resultar del mismo acto (*dolus re ipsa*), en particular, en el caso de la lesión *enorme* (en más de la mitad)⁵²². De modo similar lo apunta Wéry⁵²³. Y según Van Ommeslaghe, la indicación del artículo 1116.II CCB de que el dolo no se presume no significa que no pueda probarse por presunciones, sino que ha de entenderse en el sentido de que la prueba del dolo no puede inferirse de la conclusión del acto en sí mismo (*dolus ex re ipsa*) y ha de aportarse específicamente⁵²⁴.

⁵¹⁹ WÉRY (2011) 247, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 157, p. 280; DE PAGE (1962) 52, p. 70.

⁵²⁰ WÉRY (2011) 248, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 158, p. 280 (cita los arts. 1315 CCB, y 870 del *Code judiciaire*); DE PAGE (1962) 53, p. 70.

Según el artículo 1315 CCB: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver./ Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation». Y en virtud del artículo 870 del *Code judiciaire* de 1967: «Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue».

⁵²¹ WÉRY (2011) 248, p. 246; VAN OMMESLAGHE (2013) 158, p. 280; DE PAGE (1962) 53, pp. 70-71; WEKKERS (1955) 52, p. 34.

De conformidad con el artículo 1353 CCB: «Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans le cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol».

⁵²² DEKKERS (1955) 52, p. 33; DE PAGE (1962) 53, p. 70.

⁵²³ WÉRY (2011) 248, p. 246.

⁵²⁴ VAN OMMESLAGHE (2013) 158, p. 280. DE PAGE ya indicaba que «hay una cierta *contradicción aparente* en los textos del Código [civil], en cuanto al modo de administrar la prueba. El artículo 1116 [CCB] dice que el dolo no se presume, en tanto que el artículo 1353 [que transcribí *supra* en nota 521] admite formalmente la prueba por presunción, e incluso la refuerza en lo que al dolo concierne» (cursiva del original) [(1962) 53, en p. 70; contradicción que DE PAGE explica como antes he indicado en el cuerpo del texto, en este mismo [82]).

1.2.7 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD) Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

[83] El dolo *principal* no es causa de nulidad de pleno derecho, sino de *nulidad relativa* de la convención (art. 1117 CCB; del mismo tenor que el derogado art. 1117 CCF que transcribí *supra* [36])⁵²⁵ y su plazo de ejercicio es de *diez años*, plazo de *prescripción* y a contar *desde el descubrimiento del dolo* (art. 1304 CCB)⁵²⁶.

Artículo 1304 CCB: «Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé et dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts [Loi 14 juillet 1976]./ [...]».

Además, según Wéry, la *máxima quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* forma parte del Derecho positivo belga, lo que se basa en la equidad, en evitar que el acreedor espere a la prescripción de la acción de nulidad para accionar contra el contratante⁵²⁷.

⁵²⁵ WÉRY (2011) 250, p. 248; solo la víctima del dolo puede postular la anulación del contrato, o renunciarlo, y la confirmación del acto puede ser expresa o tácita. DEKKERS apunta que la nulidad relativa no sanciona más que intereses privados y se presta a la confirmación [(1955) 194, p. 108; *vid.* hasta 197, p. 110]. DE PAGE (1962) 54, p. 71, y 98, pp. 146-147; VAN OMMESLAGHE (2013) 159, p. 281.

⁵²⁶ WÉRY (2011) 250, p. 248; DEKKERS (1955) 198, p. 110, y 200, pp. 111-112.

⁵²⁷ WÉRY (2011) 329, p. 324; la *Cour de Cassation* declaró en su S 22.10.1987, que «la prescripción de una acción de nulidad o de caducidad no extingue la regla de derecho de poder oponer dicha nulidad o caducidad como excepción, en defensa frente a una acción principal».

DEKKERS explicaba *en 1955*, que de un acto nulo nacen dos acciones, una de nulidad y otra de cumplimiento (ejecución) y dichas acciones tienen, a veces, prescripciones diferentes; así, la acción de cumplimiento prescribe generalmente en el plazo de *treinta años* –art. 2262 CCB, *entonces vigente*– y la acción de nulidad relativa prescribe en el de diez años (art. 1304 CCB, que he transcrito en este mismo [83]). Por consiguiente, la acción de cumplimiento sobrevive a algunas acciones de nulidad. DEKKERS apunta que lo anterior parece chocante y *ha querido evitarse que un demandante astuto deje que la acción de nulidad prescriba, envolviendo a su adversario en una seguridad engañosa; que no exija el cumplimiento, hasta que la acción de nulidad no pueda interponerse. Para evitar tal cálculo, se admite que la nulidad pueda aún invocarse vía excepción, si no puede invocarse por acción, y la excepción de nulidad durará el tiempo que sea necesario; esto es, durará mientras dure la acción de cumplimiento*. Ello se encierra en el adagio *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

Advierto, para lo que explica DEKKERS *en 1955*, que el artículo 2262 CCB, referido a la prescripción de las acciones reales, se reformó por *Loi 10 juin 1998* y *ahora dispone*: «Toutes les actions réelles sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi». En cuanto a las acciones personales, según el artículo 2262 *bis* CCB (*Loi 10 juin 1998*): «§ 1er. Toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans./ Par dérogation de l'alinéa 1er, toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extracontractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable./ Les actions visées à l'alinéa 2 se prescrivent en tout cas par

[84] Las maniobras dolosas, *determinantes o incidentales*, suponen una *culpa precontractual (culpa in contrahendo)* y su autor ha de *reparar* los daños que de ella resulten con fundamento en el artículo 1382 CCB (del mismo tenor literal que el antiguo art. 1382 CCF que transcribí *supra* [37]); *responsabilidad extracontractual*)⁵²⁸. Wéry advierte que el juez condenará a la reparación *total, incluso si la víctima del dolo cometió una imprudencia*, pues el *Fraus omnia corrumpit*⁵²⁹. El plazo de ejercicio de esta acción indemnizatoria es de *cinco años* y es de *prescripción* (art. 2262 *bis* CCB)⁵³⁰.

En 2011, Wéry informa que en la *S 29.05.1980*, la *Cour* declaró que «cuando el dolo ha determinado el consentimiento, la parte que lo cometió no puede invocar la imprudencia o negligencia de su cocontratante», y «dicha imprudencia o negligencia no dispensa al autor del dolo de que repare totalmente las consecuencias dañosas sufridas por la víctima»⁵³¹. La expuesta clemencia, en beneficio de la víctima del dolo, se mantiene, *incluso si su imprudencia fue grosera o inexcusable, y se aplica al dolo principal y al incidental*⁵³². Ahora bien, Wéry advierte que algunos reprochan esa solución, que supone desconocer la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues la imprudencia de la víctima es, al igual que el dolo, una condición *sine qua non* del daño, por lo que habría de ordenarse el reparto de responsabilidades —esto es, parte del daño habría de quedar a cargo de la víctima—⁵³³. *Wéry no comparte ese reproche*. Considera que el principio general *Fraus omnia corrumpit* hace fracasar tal reparto de responsabilidades y así se entiende en la importante *S 06.11.2002* de la *Cour de Cassation*, para la que el principio general de derecho *Fraus omnia corrumpit* excluye que el autor de una culpa intencional pueda invocar una negligencia de su víctima para obtener el reparto de responsabilidades⁵³⁴.

Posteriormente, en 2016, junto con referirse a la antes citada *S 06.11.2002* de la *Cour de Cassation*, Wéry señala que la *S 18.03.2010*, de la misma *Cour*, confirma la anterior solución. En concreto, según esta otra sentencia: «El principio general de derecho “*fraus omnia corrumpit*” impide que el dolo procure una ven-

vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage./ § 2. [...]».

⁵²⁸ WÉRY (2011) 251, p. 248.

⁵²⁹ WÉRY (2011) 251, p. 248.

⁵³⁰ Transcribí el artículo 2262 *bis* CCB, *supra* nota 527, último párrafo. Sobre la descoordinación de que la acción por anulación prescriba a los diez años y la de indemnización por daños y perjuicios a los cinco años, *infra* [96].

⁵³¹ WÉRY (2011) 251, p. 248; *vid. supra* nota 502 y [79].

⁵³² WÉRY (2011) 251, p. 248.

⁵³³ WÉRY (2011) 251, p. 248.

⁵³⁴ WÉRY (2011) 251, p. 248; más adelante reitera, para el dolo principal, que la negligencia de la víctima del dolo, incluso la grosera, no evita el pronunciamiento de la nulidad contractual, ni incide en el montante de los daños [(2011) 370, pp. 358-359].

taja a su autor. Cuando el dolo da lugar a la anulación de la convención, su autor no puede invocar la imprudencia o la negligencia, incluso grave e inexcusable, del otro contratante, estando obligado a indemnizar totalmente el daño, incluso si la víctima del dolo cometió una parecida culpa». Wéry también cita la *S 30.09.2015* de la *Cour de Cassation*, en la que, igualmente, se aplica el principio del *fraus omnia corrumpit*⁵³⁵.

[85] Hay distintas posibilidades a la hora de *coordinar* la anulación del contrato por dolo principal y la indemnización de los daños y perjuicios. Afirmándolo con un alcance general, Wéry advierte que las *restituciones* que puedan derivarse de la anulación contractual por un vicio del consentimiento –por dolo, en lo que me interesa– pueden no ser sanción suficiente a los ojos del beneficiado por la anulabilidad, dado que este puede haber dejado otras oportunidades de contratar, haber hecho en vano gastos de negociación y de conclusión del contrato, etc.⁵³⁶. Por ello, a la acción de nulidad puede *acompañársele* una demanda de reparación de los daños y perjuicios *complementarios*⁵³⁷. Ahora bien, quien puede anular el contrato –la víctima del dolo– puede considerar no hacerlo y *contentarse* con exigir la reparación de los daños y perjuicios producidos por la culpa precontractual de la que fue víctima⁵³⁸.

En cuanto al dolo incidental, el que lo sufrió podrá obtener la reparación de los daños y perjuicios que le permitan el *reajuste* de las condiciones del contrato⁵³⁹.

⁵³⁵ WÉRY (2016) 83, p. 87, *vid.* desde p. 86. Cfr. con lo que DE PAGE afirmaba en 1962, *supra* [79] en caja más pequeña.

⁵³⁶ WÉRY (2011) 369, p. 358.

⁵³⁷ WÉRY (2011) 369, p. 358. También VAN OMMESLAGHE (2013) 159, p. 281; DE PAGE (1962) 54, p. 71.

⁵³⁸ WÉRY (2011) 371, p. 359; advierte que la confirmación del contrato solo supone la renuncia a la anulación del contrato y no afecta a la acción por responsabilidad extracontractual que podría ejercitarse por la *culpa in contrahendo*; de este modo, la víctima del dolo principal, que confirmó el contrato, conserva el derecho de exigir la reparación del daño subsecuente a dicho delito civil [(2011) 328, p. 322]. DE PAGE indica que se admite «la acción de daños y perjuicios en el lugar y puesto de la acción de nulidad» por dolo [(1962) 54, p. 71].

⁵³⁹ WÉRY (2011) 372, p. 359; *vid. supra* [78] [B] y [C]. Según VAN OMMESLAGHE, la indemnización de daños y perjuicios por dolo incidental se traduce, lo más frecuente, en una reevaluación de la prestación que incumbe a la víctima del dolo (particularmente el precio, por ejemplo). Y DE PAGE señala que la sanción por dolo incidental es la indemnización de daños y perjuicios, y cuando el dolo recae, en una venta, sobre el precio, recuerda que la reducción del precio no es más que una forma de indemnización de daños y perjuicios [(1962) 54, p. 71, y sus explicaciones *supra* [78] [B)].

2. EL DOLO EN LA *PROPOSITION DE LOI PORTANT INSERTION DU LIVRE 5 «LES OBLIGATIONS» DANS LE NOUVEAU CODE CIVIL*

[86] Como hasta ahora he venido haciendo, *primero* presento la regulación del dolo, y además la del deber de información, y *luego* procedo al análisis de la regulación del dolo.

2.1 La presentación de la regulación del dolo y del deber de información

[87] Los artículos 5.32 a 5.43 de la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* (PLNCCB, o *Proposition de Loi*) regulan *el consentimiento y sus vicios*⁵⁴⁰. Dentro de la regulación de los vicios del consentimiento, *algunos artículos* poseen un *carácter común* por cuanto que se aplican a varios de aquellos. Así sucede con el artículo 5.37 PLNCCB, si bien advierto que, mientras en sus párrafos I y II se disponen normas comunes para el error, el *dolo*, la violencia y el abuso de circunstancias⁵⁴¹, en su párrafo III, la norma común se ordena para el *dolo*, la violencia y el abuso de circunstancias (esto es, no se incluye al error). *Otros artículos*, en cambio, se ocupan *específicamente* de la regulación de un concreto vicio del consentimiento. El artículo 5.39 PLNCCB trata *específicamente* del dolo.

Artículo 5.37 PLNCCB: «Vices de consentement

Il n'y a pas de consentement valable lorsqu'il est la conséquence d'une erreur, d'un dol, d'une violence ou d'un abus de circonstances, pour autant que le vice de consentement soit déterminant.

À moins que la loi n'en dispose autrement, un contrat entaché par un vice de consentement est frappé de nullité relative, sans préjudice de la responsabilité précontractuelle telle que visée à l'article 5.21.

⁵⁴⁰ Artículos ubicados en § 2 *Le consentement et ses vices*, de la *Sous-section 2 Les conditions de validité*, de la *Section 2 La formation du contrat*, del *Chapitre 1^{er} Le contrat*, del *Sous-titre 1^{er} Les actes juridiques*, del *Titre 2 Les sources d'obligations*, del *Livre 5 Les obligations*. Sobre la *Proposition de Loi*, *supra* [5] [B].

⁵⁴¹ Para el párrafo I del artículo 5.37 PLNCCB, en el *Comentario* del artículo se indica que el mismo *confirma* los vicios del consentimiento existentes en el artículo 1109 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1109 CCF, al respecto *supra* [69] y [13] [A]; también se cita el art. 1130 CCF, que transcribí *supra* [41]), *habiéndose incorporado* el abuso de circunstancias como vicio del consentimiento de carácter general. Este último vicio del consentimiento ya lo admitía la jurisprudencia y la doctrina con la denominación de *lésion qualifiée* (al respecto *supra* [73] [A]). Se añade, que las reglas de los vicios del consentimiento protegen la integridad del consentimiento (voluntad libre y consciente), y que la *lésion simple* no se ha integrado en la enumeración de los vicios del consentimiento, pues no es un vicio del consentimiento general. *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 37.

Le dol, la violence et l'abus de circonstances émanant du complice du cocontractant ou d'une personne dont ce dernier doit répondre sont assimilés à ceux du cocontractant».

Artículo 5.39 PLNCCB: «Dol

Le dol n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie a été trompée par les manœuvres que son cocontractant a pratiquées intentionnellement.

Une manœuvre peut consister en une rétention intentionnelle d'informations dont on dispose et que l'on devait communiquer en vertu de l'article 5.20.

Le dol est une cause de nullité indépendamment du caractère excusable de l'erreur qui en résulte.

Le dol ne se présume pas mais doit être prouvé».

[88] El artículo 5.20 PLNCCB regula el deber general de información⁵⁴².

Artículo 5.20 PLNCCB: «Devoirs d'information

Les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat».

2.2 El análisis del dolo

2.2.1 EL ERROR PROVOCADO. LA VOLUNTAD DE ENGAÑAR (ELEMENTO INTENCIONAL). EL ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS

[89] El artículo 5.39.I PLNCCB define al vicio dolo, disponiendo que es causa de nulidad, *si una parte fue engañada por las maniobras que su contratante realizó intencionalmente*.

En el *Comentario* del artículo se recuerda que el dolo es *un error provocado intencionalmente por el contratante, cualquiera que sea la naturaleza y el objeto del error*, y debe provocarlo el contratante, lo que no sucede con el error vicio⁵⁴³. *Se añade* que el

⁵⁴² Artículo ubicado en § 1^{er} *Les négociations*, de la *Sous-section 1^{ère}. La conclusion dynamique du contrat*, de la *Section 2 La formation du contrat*, del *Chapitre 1^{er} Le contrat*, del *Sous-titre 1^{er} Les actes juridiques*, del *Titre 2 Les sources d'obligations*, del *Livre 5 Les obligations*. Sobre la *Proposition de Loi*, *supra* [5] [B].

⁵⁴³ *Chambé des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 42.

Para el error, el artículo 5.38 PLNCCB dispone: «Erreur/ L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'une partie a, de manière excusable, une représentation erronée d'un élément qui l'a déterminée à conclure le contrat, alors que l'autre partie connaissait ou devait connaître ce caractère déterminant./ L'erreur peut porter sur des faits ou sur le droit./ L'erreur n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle ne concerne que la personne avec laquelle on voulait traiter, à moins que le contrat n'ait été conclu principalement en considéra-

artículo 5.39.I PLNCCB enuncia los requisitos del dolo desarrollados por la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* («Cass., 21 mai 1953 [...], Cass., 1^{er} décembre 1997, [...]») ⁵⁴⁴ y por la doctrina: que el error necesariamente fue provocado por las *maniobras* (elemento material), realizadas *intencionalmente por el contratante* (elemento intencional o moral), lo que *determinó* el consentimiento del engañado ⁵⁴⁵. *Por último*, respondiendo a la opinión del *Conseil d'État*, se subraya que la noción de dolo puede variar en función de los requisitos que para su aplicación se exijan, habiendo numerosas controversias sobre su noción y *por esas razones se ha considerado útil definir el vicio de dolo y precisar sus requisitos de aplicación: así, este «vicio del consentimiento reside en el hecho de que una parte ha sido engañada por las maniobras intencionales por parte de su contratante»* ⁵⁴⁶. El peligro de la inseguridad jurídica es particularmente frágil y de ahí que la necesidad de clarificación *prime* sobre los riesgos de los problemas de interpretación ⁵⁴⁷. Dicho lo anterior, añadido por mi parte, que el artículo 5.41 PLNCCB regula el *abuso de circunstancias*, confirmando la teoría de la *lésion qualifiée* desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina (y de la que di cuenta *supra* [73] [A]) ⁵⁴⁸. Y en el *Comentario* de ese artículo 5.41 PLNCCB se reconoce *que a veces se pueden combatir las situaciones de abuso de circunstancias mediante los vicios del consentimiento clásicos, como en otros tiempos, pues la distinción con el dolo y la violencia no es clara en todas las constelaciones de hechos* ⁵⁴⁹.

El abuso de circunstancias.—El artículo 5.41 PLNCCB ordena:

«Abus de circonstances

Il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie.

tion de cette personne./ N'est pas davantage une cause de nullité l'erreur qui concerne exclusivement la valeur d'une chose ou d'une prestation ou le prix, à moins qu'elle résulte d'une erreur concernant une caractéristique déterminante de l'objet du contrat»; para el comentario del artículo 5.38 PLNCCB, *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 39-42.

⁵⁴⁴ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 42.

⁵⁴⁵ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 42-43; se citan el artículo 1116 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1116 CCF que transcribí *supra* [13] [A]) y se remite a los artículos 3:44 (3) BW, 4:107 (1) PECL (que transcribí *supra* nota 68), II.-7:205, (1) y (2), DCFR, y 3.2.5 Principios UNIDROIT (que transcribí *supra* nota 151).

⁵⁴⁶ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

⁵⁴⁷ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 44-45.

⁵⁴⁸ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 46-48.

⁵⁴⁹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48.

En ce cas, la victime peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative».

Sobre el abuso de circunstancias:

a) *Finalidad y antecedentes*.—En el *Comentario* del artículo 5.41 PLNCCB se indica, a propósito de su *finalidad*, que el número de casos de lesión reconocidos por la ley se ha considerado insuficiente, creándose una figura jurídica, *de carácter general*, para las situaciones en las que el contrato, *ab initio*, presenta un desequilibrio manifiesto por el abuso de una de las partes de la inferioridad de la otra, o por el abuso de su posición de fuerza⁵⁵⁰. *En cuanto a los antecedentes*, se apunta *que* la jurisprudencia de *fond* aplica esta figura con gran circunspección y solo para situaciones fácticas claras⁵⁵¹; *que* normalmente se ha rehusado aplicar esta figura por no haberse probado sus condiciones de aplicación⁵⁵²; y *que* en la *S 09.11.2012*, la *Cour de Cassation* reconoció el abuso de circunstancias —igualmente llamada *lésion qualifiée*— y definió sus requisitos de aplicación *que han inspirado el propuesto artículo 5.41 PLNCCB*⁵⁵³.

b) *Requisitos de aplicación*.—En el *Comentario* se indican estos tres: *uno*, ha de resultar una desproporción manifiesta entre las prestaciones estipuladas por las partes; *dos*, las concretas circunstancias de inferioridad, en que la víctima se encuentre, deben existir cuándo la conclusión del contrato, permitiendo que el otro se arroge una ventaja, y esas circunstancias de inferioridad pueden derivarse tanto de las características personales de la víctima, así su estado de necesidad física, psíquica o financiera, su vulnerabilidad,

⁵⁵⁰ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 46.

Por otro lado, según el artículo 5.42 PLNCCB: «Lésion/ La disproportion entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans le cas prévus par la loi». En el *Comentario* del artículo se afirma que en el vigente Código civil, la lesión no se concibe como vicio del consentimiento general, que ofrece un motivo para anular todos los contratos cada vez que se establezca que hay un desequilibrio entre las prestaciones de las partes. El artículo 5.42 PLNCCB se apoya en el artículo 1118 CCB (que transcribí *supra* nota 437) y confirma ese punto de partida: en principio, el juez no interviene en la apreciación del valor económico de las prestaciones de los contratantes salvo cuando el legislador expresamente le autoriza.

⁵⁵¹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 47; se explica, como ejemplo («Anvers, 5 septembre 2011»), el de una madre de dos hijos pequeños que acaba de escaparse del incendio de su casa totalmente destruida y firma un seguro con un experto, a media mañana y en la calle, abusando este último de la vulnerabilidad de la mujer en estado de shock, ya que se produce un desequilibrio manifiesto entre las recíprocas prestaciones, pues el experto pacta, en su beneficio, que sus honorarios se calculan sobre la totalidad de la indemnización que pagará el asegurador, y él no ha de peritar los muebles, dado que en caso de pérdida total, el asegurador indemnizará la pérdida de esos últimos mediante el pago de un *forfait*.

⁵⁵² *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 47; se explican como ejemplos de no estimación, por no haberse probado que se reunían las condiciones de aplicación, las sentencias de «Mons, 14 février 2000» y «Civ. Anvers, 29 mai 2000».

⁵⁵³ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48; se apunta que otros sistemas jurídicos y el *soft law* prevén igualmente una figura comparable a la presente; por ejemplo, el artículo 3:44 (4) BW, § 138 (2) BGB, artículos II.-7:207 (1) DCFR, 3.2.7 Principios UNIDROIT, y 4:109 PECL.

Para la citada *S 09.11.2012* de la *Cour de Cassation*, *supra* [73] [A] a) y nota 438.

ignorancia o inexperiencia (*vid.* art. 1907ter CCB, que transcribí *supra* nota 444), como de las circunstancias de superioridad económica o funcional de la parte que comete el abuso, que, por ejemplo, se encuentra en una posición de monopolio o de fuerza; y *tres*, ha de haber un lazo de causalidad entre el abuso y el desequilibrio manifiesto⁵⁵⁴.

Según el *Comentario*, de ahora en adelante la violencia derivada de «circunstancias exteriores o estado de necesidad» («Bruxelles, 7 février 1964») puede tener relevancia en el vicio del consentimiento del «abuso de circunstancias»⁵⁵⁵.

c) *Consecuencias*.—Sobre las *sanciones* del abuso de circunstancias (art. 5.41.II PLNCCB), en el *Comentario* se recuerda que, si bien, por regla general, la sanción de un vicio del consentimiento es la nulidad relativa, está demostrado que frecuentemente a la víctima le es ventajoso mantener el contrato adaptando su prestación (*vid.* art. 1903ter CCB, que transcribí *supra* nota 444) y la doctrina, desde hace tiempo, defiende que la vinculación excesiva puede reducirse⁵⁵⁶. La opción acogida por el artículo 5.41 PLNCCB es permitir la nulidad relativa si el abuso de circunstancias fue determinante y, si no fue determinante del consentimiento contractual de la víctima, la adaptación del contrato se fundamentará en la responsabilidad precontractual⁵⁵⁷. Efectivamente, la sanción a un vicio del consentimiento accesorio puede consistir en que el Juez proceda, a título de reparación de daños y perjuicios, a la adaptación de la prestación que la víctima prometió ejecutar⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48.

⁵⁵⁵ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 48.

⁵⁵⁶ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 48-49; se indica que el *soft law* conoce una sanción de este tipo para el abuso de circunstancias; por ejemplo, artículos II.-7:207 (1) DCFR y 3.2.7 Principios UNIDROIT.

⁵⁵⁷ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 49.

⁵⁵⁸ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 49.

He de recordar que un objetivo de la *Proposition de Loi* consiste en «modernizar el equilibrio entre la autonomía de las partes y el rol del juez en tanto que guardián de los intereses de la parte vulnerable y del interés general» (al respecto *supra* [5] [B] último párrafo). Sobre ese equilibrio, en la *Introducción general de la Proposition de Loi* se indica: «Sobre algunos puntos, la autonomía de la voluntad es reforzada (por ejemplo, para la anulación y la resolución del contrato que podrán operar mediante notificación). Sobre otros puntos, el juez se verá investido de poderes que le permitan corregir situaciones de desequilibrio contractual (por ejemplo, si la economía del contrato se altera profundamente a consecuencia de nuevas e imprevisibles circunstancias –teoría de la imprevisión– o si las prestaciones se encuentran, desde el principio, afectadas por un desequilibrio manifiesto debido al abuso de una parte de la posición de debilidad de la otra parte –abuso de circunstancias–» (cursiva mía; *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 7-8).

El artículo 5.77 PLNCCB ordena: «Changement de circonstances/ Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué./ Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies: / 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger; / 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat; / 3° ce changement n'est pas imputable au débiteur; / 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque; et/ 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité./ Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations./ En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une

2.2.2 LA MANIOBRA: ACTOS Y MENTIRAS (ELEMENTO MATERIAL)

[90] El artículo 5.39.I PLNCCB se refiere a las *maniobras* y en su *Comentario* se especifica que las maniobras pueden consistir en un *acto*, o en *una declaración engañosa o falaz* (como comunicar intencionalmente informaciones incorrectas)⁵⁵⁹.

2.2.3 LA MANIOBRA: LA RETICENCIA DOLOSA (OTRO ELEMENTO MATERIAL). SU RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONTRATANTE

[91] El artículo 5.39.II PLNCCB *aclara* que la *manipulación* del dolo *puede consistir* en la *retención intencional de información de la que se dispone y que habría debido comunicarse en virtud del artículo 5.20 PLNCCB*. Este último artículo 5.20 PLNCCB se inspira en el artículo 1112-1 CCF⁵⁶⁰ que, recuerdo, regula un deber general de información (y que transcribí *supra* [42]; *vid.* además [45]). De conformidad con el artículo 5.20 PLNCCB, las partes deben suministrarse durante las negociaciones precontractuales la información que la ley, la buena fe y los usos les impongan dar, teniendo en cuenta las condiciones de aquéllas, en relación con sus expectativas razonables y el objeto del contrato. Sobre este deber de información, en el *Comentario* del artículo 5.20 PLNCCB se indica que no existe en el derecho común ningún deber general de información y las partes no están obligadas a suministrarse todas las informaciones de las que dispongan; solo han de comunicárselo en los casos previstos por el artículo 5.20 PLNCCB, en particular cuando la buena fe lo impone y lo anterior no excluye que, durante las negociaciones, las partes acuerden qué informaciones se comunican⁵⁶¹. Por otro lado, existen concretos deberes legales de información⁵⁶².

Determinado el alcance del deber de información del artículo 5.20 PLNCCB, en cuanto al dolo vicio, según el *Comentario* del artículo 5.39 PLNCCB, constituye una *manipulación retener o callar intencionalmente informaciones* (como no comunicarla, comuni-

ou l'autre des parties, adapter le contrat a fin de mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout en partie à une date qui ne peut être antérieure au changement de circonstances et selon modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé» (cursiva mía; para su *Comentario*, *Chambé des représentants de Belgique* DOC 55 0174/001, p. 49, y en especial pp. 79-80).

⁵⁵⁹ *Chambé des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43.

⁵⁶⁰ *Chambé des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 28.

⁵⁶¹ *Chambé des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 28.

⁵⁶² *Chambé des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 28.

carla de modo incompleto) *si al contratante le incumbe la obligación de informar o de hablar y efectivamente conoce la información*, y ello se deducía de la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* («Cass., 8 juin 1978 [...]; Cass., 21 avril 1988 [...]; Cass., 16 septembre 1999 [...]; Cass., 30 juin 2005 [...]; Cass. 17 février 2012 [...]») ⁵⁶³. Finalmente, aunque no hubiera sido necesario indicarlo, se aclara que si el contratante, que tiene la obligación de hablar, se calló *por negligencia* (por ejemplo, olvidó comunicar), no hay dolo, pues falta la intención de engañar, pero la víctima podrá probar que existió una culpa precontractual y exigir la reparación de su eventual perjuicio apoyándose en la responsabilidad extracontractual ⁵⁶⁴.

2.2.4 EL DOLO PRINCIPAL Y EL INCIDENTAL. LA APRECIACIÓN IN CONCRETO. LA IRRELEVANCIA DEL ERROR INEXCUSABLE

[92] Según el artículo 5.37.I PLNCCB, el consentimiento no es válido si es la consecuencia del dolo y este fue *determinante*. La exigencia de que el dolo deba ser determinante implica que, sin él, la persona engañada no habría dado su consentimiento; esto es, se trata del *dolo principal*. ⁵⁶⁵ El carácter determinante del dolo se aprecia *en concreto*, en la persona de la víctima del dolo ⁵⁶⁶. En cambio, si las maniobras, llevadas a cabo intencionalmente, solo tienen por consecuencia que la parte engañada haya contratado *en condiciones más onerosas*, lo que hay es un *dolo incidental* que no menoscaba la validez del contrato y su víctima solo puede exigir la reparación de los daños y perjuicios que la culpa precontractual del autor del dolo le hubiere causado ⁵⁶⁷.

[93] Además, de conformidad con el artículo 5.39.III PLNCCB, el dolo (principal) es causa de nulidad, *con independencia del carácter excusable del error que de aquel resulte*. En el *Comentario* del artículo se indica, que en dicho párrafo III se prevé que el error de la persona engañada *no tiene que ser excusable* (cursiva del original) ⁵⁶⁸. Así lo ha declarado la *Cour de Cassation* en diversas ocasiones, invocando el principio general de derecho *Fraus*

⁵⁶³ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43; se citan los artículos 1137 CCF (que transcribí *supra* [41]), 3:44 (3) BW, 4:107, (1) y (3), PECL (que transcribí *supra* nota 68), II.-7:205 (1) DCFR, y 3.2.5 Principios UNIDROIT (que transcribí *supra* nota 151).

⁵⁶⁴ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 43-44.

⁵⁶⁵ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43.

⁵⁶⁶ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43.

⁵⁶⁷ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 43; en apoyo de lo expuesto se citan las sentencias «Cass., 21 avril 1988 [...]; Cass., 10 février 1983 [...]; Cass., 1^{er} décembre 1997 [...]»; también el artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT.

⁵⁶⁸ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

omnia corrumpit, que evita que el dolo procure una ventaja a su autor⁵⁶⁹. Se recuerda que el nuevo (y vigente) artículo 1139 CCF (que transcribí *supra* [41]) y una importante parte de la doctrina aprueban igualmente la expuesta solución⁵⁷⁰. Cuando el dolo conduce a la anulación de la convención, el autor del dolo no puede invocar la imprudencia, ni incluso la negligencia grave e inexcusable de su víctima y está obligado a la reparación integral del daño⁵⁷¹. Desde 2002, la *Cour de Cassation* estima que el principio general *Fraus omnia corrumpit* excluye que el autor de una culpa intencional puede hacer valer una responsabilidad compartida con la víctima negligente⁵⁷².

2.2.5 EL DOLO DE PARTE. EL DOLO DE TERCERO: LA REGLA Y SU ALCANCE

[94] Según el artículo 5.37.III PLNCCB, el *dolo* (la violencia y el abuso de circunstancias) que proceda(n) del *cómplice del contratante*, o de una persona de la que dicho contratante deba responder, se asimila al dolo (violencia y abuso de circunstancias) de dicho contratante.

En el *Comentario* del artículo se advierte que la norma del tercer párrafo del artículo 5.37 PLNCCB responde a la cuestión de si el vicio del consentimiento, *causado por un tercero*, puede ser motivo para que su víctima pueda anular el contrato⁵⁷³. Se recuerda que en el *Derecho vigente* solo la *violencia* causada por un tercero permite la anulación contractual (art. 1111 CCB; sobre esta cuestión *supra* [81] en caja más pequeña) y por ello su víctima se encuentra ampliamente protegida, mientras que para el *dolo* se requiere que las maniobras procedan del contratante, de modo que el contrato no puede anularse si el dolo procedió de tercero⁵⁷⁴. No obstante lo anterior, la *jurisprudencia* admite una serie de *excepciones* a fin de lograr una mejor protección para la víctima del dolo⁵⁷⁵. Por ejemplo, si el tercero es *representante* del contratante

⁵⁶⁹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44; se citan las sentencias «Cass., 18 mars 2010, [...] Cass., 23 septembre 1977, [...] Cass., 6 octobre 1977 [...], Cass., 29 mai 1980 [...]». Sobre la cuestión indicada en el cuerpo del texto y las sentencias aludidas en esta nota, *supra* [79] y notas 502 y 505.

⁵⁷⁰ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

⁵⁷¹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44; se cita la sentencia «Cass., 18 mars 2010» (sobre esta sentencia *supra* notas 502 y 505) y el artículo 3.2.5 Principios UNIDROIT (que transcribí *supra* nota 151).

⁵⁷² *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44; se cita la sentencia «Cass. 6 novembre 2002».

⁵⁷³ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

⁵⁷⁴ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

⁵⁷⁵ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 38-39.

(«Cass., 9 novembre 1987») o *cómplice* suyo⁵⁷⁶. Por lo que respecta al *soft law* y al Derecho comparado, en el *Comentario* se indica que estos regulan la presente cuestión y bajo estrictas condiciones admiten que pueda anularse el contrato por dolo, por violencia y por abuso de circunstancias, incluso si el vicio del consentimiento lo causó un tercero [se citan los arts. II.-7:208 DCFR, 4:111 PECL, 3.2.8 Principios UNIDROIT; art. 3:44 (5) BW; al respecto *supra* [33] [B] y [62] [D)]⁵⁷⁷. Sin embargo, otros *Derechos nacionales* solo prevén reglas para el dolo de tercero y la violencia de tercero (vigentes arts. 1138 y 1142 CCF, que transcribí *supra* [41] y al respecto *supra* [59], [61], [62], [63] [A]; y arts. 28.2 y 29 CO, que transcribí *supra* notas 369 y 387, respectivamente)⁵⁷⁸. Y tras lo anterior se indica *que no hay razón para ofrecer mayor protección a las víctimas de violencia, que a las de dolo, y por extensión a las de abuso de circunstancias.*⁵⁷⁹ En comparación con el vigente Derecho belga, la opción acogida en la *Proposition de Loi*, en su artículo 5.37.III, consiste en someter la violencia de tercero a condiciones más estrictas, y extender estas al dolo y al abuso de confianza⁵⁸⁰.

2.2.6 LA PRUEBA DEL DOLO

[95] El artículo 5.39.IV PLNCCB dispone que el dolo no se presume y debe probarse. En el *Comentario* del artículo tan solo se indica que el párrafo IV del citado precepto recoge al artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [82]) y que *la mala fe debe probarla la parte engañada*⁵⁸¹.

2.2.7 LOS EFECTOS DEL DOLO: LA NULIDAD RELATIVA (O ANULABILIDAD) Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

[96] De acuerdo con el artículo 5.37.II PLNCCB, a menos que la ley disponga otra cosa, *el contrato afectado por un vicio del consentimiento (por dolo, pues) es un contrato anulable (nulidad relativa)*, ello sin perjuicio de la responsabilidad precontractual previs-

⁵⁷⁶ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

⁵⁷⁷ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

⁵⁷⁸ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39. En el DOC 55 0174/001 no se cita el artículo 28.2 CO como indico en el cuerpo del texto, sino el artículo 28.1 CO, el cual dispone: «Dol/ 1. La partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle./ 2. [...]». Es cierto que en ese apartado 1 se apunta la inducción a contratar por el dolo *del otro* (de la otra parte).

⁵⁷⁹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

⁵⁸⁰ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 39.

⁵⁸¹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 44.

ta en el artículo 5.21 PLNCCB. En el *Comentario* del artículo 5.37 PLNCCB se afirma que la expuesta norma *confirma la regla de la nulidad relativa del contrato como sanción a los vicios del consentimiento*, sustituyendo al artículo 1117 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1117 CCF; al respecto *supra* [83]) y nulidad relativa que igualmente ordena el vigente artículo 1131 CCF (que transcribí *supra* [41])⁵⁸². Sobre la expresión inicial del «[a] menos que la ley disponga otra cosa» del artículo 5.37.II PLNCCB, se explica que ello se debe a que en el *abuso de circunstancias* la sanción *puede* consistir en la *adaptación* de la prestación [ello en virtud del art. 5.41.II PLNCCB; al respecto *supra* [89] en caja más pequeña y c)] y a que la ley puede *excluir en ciertos supuestos* la nulidad relativa como en la transacción (arts. 2052.II a 2054 CCB; pero advierto que si la transacción se hizo bajo dolo, podrá anularse) o a que la ley puede *limitar* la nulidad relativa como en el testimonio (arts. 1356.IV CCB y 31.I del nuevo Libro 8 del CCB)⁵⁸³.

⁵⁸² *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 37. En el *Comentario* también se recuerda que, por tratarse de la nulidad relativa, la sanción no puede invocarla más que la *parte protegida* (en el dolo, que es el vicio del consentimiento que me interesa, es la parte engañada) y parte protegida que asimismo puede confirmar el contrato.

Es oportuno que me refiera al artículo 5.61 PLNCCB, en virtud del cual: «Classification des nullités/ La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet *principal* la sauvegarde de l'intérêt général. Toute personne justifiant d'un intérêt peut s'en prévaloir./ La nullité est relative lorsque la règle violée est impérative, ayant ainsi pour objet *principal* la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la *personne protégée* peut s'en prévaloir» (cursiva mía). En el *Comentario* se apunta, que el artículo 5.61 PLNCCB no tiene equivalente en el vigente Código civil y que como fuentes de su inspiración puede citarse al artículo 1179 CCF (sobre el párrafo II de este último artículo, *supra* nota 399). El artículo 5.61 PLNCCB codifica el derecho constante sobre la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa. En cuanto a la mención de la «persona protegida» del artículo 5.61.II PLNCCB, aunque sea dicho en singular, ello no impide que una disposición legal pueda tener por objeto la protección de varias personas, o que la nulidad pueda ser invocada por un tercero habilitado por la ley para defender los intereses de la persona protegida. Y en relación al término «principalmente», el mismo se ha utilizado para subrayar que una regla de orden público puede indirectamente perseguir la protección de personas privadas, y a la inversa, que protegiéndose a partes débiles, el legislador puede indirectamente perseguir una política económica de interés general. En el *Comentario* también se señala que, en respuesta a las observaciones del Consejo de Estado, la precisión de que la regla de orden público apunta principalmente a la salvaguarda del interés general y, a la inversa, que la regla imperativa apunta principalmente a la salvaguarda del interés privado, se ha conservado porque da una indicación valiosa sobre el criterio aplicable a la distinción. *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 60-61, 62.

⁵⁸³ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

En cuanto a la transacción:

a) Artículo 2052 CCB: «Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort./ Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion» (cursiva mía).

b) Artículo 2053 CCB: «Néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation./ Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence» (cursiva mía).

c) Artículo 2054 CCB: «Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité su la nullité».

El plazo para ejercitar la nulidad del contrato es de *cinco años*, plazo de *prescripción*, a contar desde el día siguiente al que su titular conoce la causa de nulidad y, en el caso de la nulidad relativa, dicho titular pueda válidamente renunciar a invocarla, por lo cual es necesario que el vicio del consentimiento haya cesado (art. 5.63.I, reglas primera y segunda, PLNCCB). Además, en todo caso la nulidad prescribe en el plazo de *veinte años*, a contar este otro plazo desde el día siguiente al de la conclusión del contrato (art. 5.63.I *in fine* PLNCCB).

En el oportuno *Comentario*, se citan como fuentes de inspiración del artículo 5.63.I PLNCCB a los artículos 3:52 BW, II.-7:210 DCFR, y 3.2.12 (1) Principios UNIDROIT⁵⁸⁴. Asimismo se recuerda, que en el vigente Derecho belga, la nulidad prescribe, como regla, en el plazo de diez años, de conformidad con el artículo 2262bis § 1.I CCB para las nulidades absolutas (que transcribí *supra* nota 527 último párrafo) y de conformidad con el artículo 1304 CCB para las nulidades relativas (que transcribí *supra* [83])⁵⁸⁵. Pero, el plazo de diez años parece *excesivo* si se tienen en cuenta las exigencias de la seguridad jurídica y además, no se corresponde con el doble plazo de cinco y veinte años que para la responsabilidad extracontractual dispone el vigente artículo 2262bis § 1, II y III, CCB (que transcribí *supra* nota 527 último párrafo), lo cual conduce a la infeliz consecuencia de someter a diferentes plazos de prescripción, *por un lado*, a la anulación por dolo principal (diez años) y *por otro*, a la reparación de los daños y perjuicios debidos al dolo principal y como complemento de la anulación, o debidos al dolo incidental (cinco años; «Cass., 2 octubre 2009»; al respecto *supra* [83] y [84])⁵⁸⁶. Las anteriores dificultades las solventa el artículo 5.63.I PLNCCB, dado que alinea el plazo de prescripción de la nulidad (absoluta y relativa; cinco años) con el de la acción por responsabilidad extracontractual (cinco años)⁵⁸⁷.

Explicada la razón de la adopción de esos cinco años, sobre la regla de inicio de su cómputo del artículo 5.63 PLNCCB consistente en que comienza al día siguiente en que el titular de la nulidad conoce efectivamente la causa de nulidad y está en condiciones de renunciar válidamente a invocarla, según el *Comentario*, ello supone generali-

Por lo que respecta al artículo 1356 CCB, según este: «L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial./ Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait./ Il ne peut être divisé contre lui./ Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit».

⁵⁸⁴ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 65.

⁵⁸⁵ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 65.

⁵⁸⁶ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 65-66.

⁵⁸⁷ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

zar las hipótesis previstas en el actual artículo 1304 CCB (que transcribí *supra* [83]) y de ahí que la nulidad por vicio del consentimiento comience a prescribir desde el momento en que su víctima ya no se encuentre bajo el imperio del vicio del consentimiento⁵⁸⁸. Ahora bien, a fin de que haya seguridad jurídica, la nulidad por acción o por notificación, prescribe, como muy tarde, a los veinte años, contados desde el día siguiente al de la conclusión del contrato⁵⁸⁹.

Artículo 5.63 PLNCCB: «Prescription de la nullité

La nullité par voie d'action ou de notification se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où son titulaire a connaissance de la cause de nullité et, dans le cas d'une nullité relative, peut valablement renoncer à l'invoquer. Ainsi, il faut, selon le cas, que l'incapacité, le vice de consentement ou la raison d'être de la protection prévue par la règle impérative violée ait cessé. La nullité se prescrit en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où le contrat a été conclu./ [...].».

Por otro lado, consagrando la regla *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad exceptiendum*, reconocida por la jurisprudencia («Cass., 22 octubre 1987»), el artículo 5.63.II PLNCCB ordena que la excepción de nulidad, lo que incluye al dolo, *no prescribe*⁵⁹⁰. En el *Comentario* se explica que, si una parte exige el cumplimiento del contrato, expirado el plazo de la acción de nulidad, el demandado, y lo mismo el juez, podrán todavía, en principio, oponer la excepción de nulidad sin límite de tiempo⁵⁹¹. Se citan como fuentes de inspiración del artículo 5.63.II PLNCCB los artículos 1185 CCF (que transcribí *supra* [65]) y 3:51 (3) BW⁵⁹².

Artículo 5.63 CCB: «[...].

L'exception de nullité ne se prescrit pas».

[97] Como adelanté *supra* [96], la posible nulidad relativa del contrato por dolo lo es *sin perjuicio de la responsabilidad precontractual que el artículo 5.21 PLNCCB prevé* (art. 5.37.II PLNCCB). En el *Comentario* del artículo 5.37.II PLNCCB se apunta que se trata de la *eventual interacción entre la nulidad relativa del contrato y el derecho a exigir la reparación del per-*

⁵⁸⁸ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

⁵⁸⁹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

⁵⁹⁰ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66.

⁵⁹¹ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 66. *Vid.* las consideraciones que en su día hizo DEKKERS para las acciones de nulidad y de cumplimiento, *supra* nota 527.

⁵⁹² *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 65.

*juicio causado con base en la responsabilidad extracontractual (art. 1382 CCB)*⁵⁹³. La víctima de un vicio del consentimiento puede anular el contrato y exigir la indemnización de los daños y perjuicios, u optar por la indemnización de los daños y perjuicios en lugar de la anulación, y, para ambas posibilidades se requiere que el vicio del consentimiento haya sido causado por la culpa precontractual del otro⁵⁹⁴. Por lo que respecta al dolo, su autor tendrá una *culpa in contrahendo*⁵⁹⁵.

Por otro lado, el artículo 5.21 PLNCCB, al cual remite el artículo 5.37 PLNCCB, dispone que, durante las negociaciones precontractuales, las partes pueden, la una respecto de la otra, tener que responder extracontractualmente (párrafo I) y junto con la responsabilidad precontractual, la violación de un deber de información puede conducir a la nulidad del contrato, cumpliéndose las exigencias del artículo 5.37 PLNCCB. En el *Comentario* del artículo 5.21 PLNCCB se afirma que, en dicho artículo, *se confirma y precisa el derecho existente en materia de responsabilidad precontractual, y en relación con su párrafo I, que se confirma que al principio de la responsabilidad precontractual se le aplican las reglas de la responsabilidad extracontractual, particularmente para la ruptura culposa de negociaciones o la violación de un deber de información, y por ello la responsabilidad precontractual supone la obligación de reparar el daño sufrido por el otro*⁵⁹⁶.

Artículo 5.21 PLNCCB: «Responsabilité précontractuelle

Les parties peuvent engager leur responsabilité extracontractuelle l'une envers l'autre pendant les négociations précontractuelles.

[...] ⁵⁹⁷.

Outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences établies à l'article 5.37».

⁵⁹³ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38; se indica que como en el artículo II.-7:214 DCFR.

⁵⁹⁴ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

⁵⁹⁵ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, p. 38.

⁵⁹⁶ *Chambré des représentants de Belgique*, DOC 55 0174/001, pp. 28-29.

⁵⁹⁷ Los puntos suspensivos del cuerpo del texto corresponden al párrafo II del artículo 5.21 PLNCCB, solo aplicable a la ruptura culposa de negociaciones: «En cas de rupture fautive des négociations, cette responsabilité implique que la personne lésée soit remise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociations. Lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée, elle implique au maximum la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu».

IV. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL

[98] Antes exponer mis conclusiones, he de advertir que la primera de ellas la centro en la relación del dolo con los otros vicios del consentimiento y con la figura de la lesión. En el resto de conclusiones, trato ya específicamente de los requisitos y efectos del dolo. En cada una de las conclusiones diferencio entre el Derecho francés y el Derecho belga. Tras lo anterior, procedo a mi valoración personal.

[99] Mis conclusiones son:

Primera. a) El Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* recoge como vicios del consentimiento el error, la violencia y el dolo (art. 1109 CCF)⁵⁹⁸. Cada uno de esos vicios tiene sus propios requisitos de aplicación, a través de los cuales se acota un grupo de casos de la realidad jurídica a los cuales aplicar (se procede, pues, a la *parcelación* de la realidad jurídica). El dolo se concibe como un error provocado (intencionalmente) a su víctima, que se contrapone al error vicio referido al error espontáneo (*primera parcelación*)⁵⁹⁹. Sin embargo, resta hacer *la otra parcelación*, la del dolo frente a la violencia. Si el dolo es, como acabo de indicar, un error provocado en el otro contratante, la violencia contempla la celebración de un contrato debido a la amenaza que genera el inmediato temor de sufrir un mal importante y futuro en la persona o en el patrimonio del contratante inocente (art. 1112 CCF)⁶⁰⁰. El error y el dolo comparten que, quien los

⁵⁹⁸ *Supra* [13]; en [13] [A] transcribí el derogado artículo 1109 CCF.

⁵⁹⁹ *Supra* [14]. Sin perjuicio de que en el dolo de tercero, que no permite la anulación del contrato, su víctima pueda alegar el error del (derogado) artículo 1110 CCF, reuniendo sus requisitos (*supra* [33] último párrafo).

⁶⁰⁰ a) *La regulación de la violencia*. Los (derogados) artículos 1111 a 1115 CCF se ocupan del vicio de violencia:

a.1) El artículo 1111 CCF admite la relevancia de la violencia de tercero para la anulación del contrato (lo transcribí *supra* en nota 380 y sobre él [63] [A.1]).

a.2) El artículo 1112 CCF define cuándo hay violencia (lo transcribí *supra* en nota 321).

a.3) Artículo 1113 CCF: «La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants».

a.4) Artículo 1114 CCF: «La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat».

a.5) Artículo 1115 CCF: «Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi».

b) *La explicación de la violencia*. FLOUR/AUBERT/SAVAUX señalan que, en virtud del (derogado) artículo 1112.I CCF, el mal *ha de afectar* a la persona o al patrimonio y *generalizando*, se dice que el mal puede ser de orden *físico* (amenazas de muerte, de lesiones, de secuestro, etc.), de orden *moral* (amenaza contra el honor como una amenaza de

sufrió, tuvo una representación inexacta de las ventajas e inconvenientes del contrato celebrado, siendo afectado su consentimiento en su faceta *intelectual* (la deliberación se encuentra deformada)⁶⁰¹. En la violencia, el consentimiento asimismo se ve afectado, pero en la faceta de su *libertad*; intelectualmente, su víctima percibe con claridad que concluyó un «mal contrato», pero decidió realizarlo para escapar del mayor mal con el que fue amenazada si rehusaba contratar⁶⁰². *El descrito diseño de los vicios del consentimiento del Derecho francés anterior a la Ordonnance n.º 2016-131 ¿puede considerársele pleno? Analizado en la actualidad, parece que no.*

A veces sucede que una persona celebró un contrato oneroso y con los datos fácticos del caso, no puede formalmente considerarse que hubiera sufrido una violencia, o un dolo, pues, lo que realmente sufrió fue una indebida influencia del otro contratante que se aprovechó de una vulnerabilidad suya, o aquella se encontraba en un estado de necesidad de la que se aprovechó el otro contratante, y si lo anterior no hubiera tenido lugar, aquella no habría celebrado el contrato con el contenido pactado. En esos contratos es frecuente, además, que exista un desequilibrio económico entre las prestaciones, en perjuicio del que sufrió la indebida influencia o del que se encontraba en el estado de necesidad. Si un sistema jurídico, como el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, no ofrece una específica regulación para los casos que acabo apuntar, la doctrina y la jurisprudencia pueden forzar los moldes legales de los (regulados) vicios del dolo (art. 1116 CCF, que transcribí *supra* [13] [A]) y de la violencia (arts. 1111 a 1115 CCF; al respecto *supra* nota 600) para ofrecer a la víctima

difamación, etc.) o de orden *pecuniario* (amenaza de hacer perder a un individuo una suma de dinero, o su situación profesional, etc.). Por otro lado, la fórmula empleada en el (derogado) artículo 1112 CCF de que el *mal* sea *presente* es errónea, ya que este, necesariamente, ha de ser *futuro*, dado que, por hipótesis, el mal se producirá *si se rehúsa contratar. Es el temor lo que ha de ser presente*. Además, según el (derogado) artículo 1112 CCF, el *mal* tiene que ser *considerable*, calificativo que también se aplica al temor, que ha de ser lo bastante grave como para determinar el consentimiento. [(2014) 218, p. 226].

No solo existe violencia cuando se amenaza con un mal al otro contratante, sino que el (derogado) artículo 1113 CCF lo extiende a otros sujetos y FLOUR/AUBERT/SAVAUX comentan que esa extensión procede de una psicología correcta. Uno pierde su libertad si se le amenaza de muerte (o de todo otro mal «considerable») y *también si la amenaza (física, moral, o pecuniaria) es a su mujer, a sus hijos o a su padre. Sin embargo, hay que considerar que el (derogado) artículo 1113 CCF da unos ejemplos, no limitativos. Esto es, la violencia permitirá la anulación del contrato si se dirige contra otra persona, habiendo sido determinante* (por ejemplo, contra un amigo muy querido, contra un/a prometido/a, contra un/a amante. (220, p. 227).

Sobre la regulación de la violencia del *Código civil* francés con anterioridad a la *Ordonnance n.º 2016-131*, también BOSCH CAPDEVILA, *RCDI* (2009), pp. 78-80.

⁶⁰¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 216, p. 224.

⁶⁰² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 216, p. 224.

una solución que le permita anular el contrato o/y exigir una indemnización de daños y perjuicios. En el Derecho francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* no se forzó, final y jurisprudencialmente, el molde del dolo, pues *no* se estimó la posibilidad del dolo sin error⁶⁰³. Lo que se forzó fue el molde de la violencia, identificándose una llamada violencia económica. Además, en el Derecho francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* no se aplicó una teoría de la *lésion qualifiée*.

[A] *Violencia y estado de necesidad*.—Flour/Aubert/Savaux explican cómo el *estado de necesidad* llegó a encajar en el vicio de la violencia, *antes* de la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131*.

Al respecto, indican que *si bien* el artículo 1111 CCF (que transcribí *supra* nota 380) *solo* se refiere a las actuaciones *del otro contratante o de un tercero*, con lo que *parece exigirse que la violencia sea obra del hombre, algunos defienden que el estado de necesidad se asimile a la violencia*⁶⁰⁴. Informan de que la *Cour de Cassation* («Soc. 5 juill. 1965») estimó la anulación *por violencia moral* para un contrato de trabajo desventajoso, que el trabajador concluyó presionado por su necesidad de dinero, lo que se debía en particular a la enfermedad de un hijo⁶⁰⁵. Tal solución no es contraria al artículo 1109 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) y que hace referencia al consentimiento «arrancado» por violencia, ya que, en el caso, *se arrancó por la presión de las circunstancias* y no, por supuesto, por el otro contratante, *que se aprovechó*⁶⁰⁶. En la S «Civ. 1^{er}, 24 mai 1989» se subraya que se excluye toda sanción al estado de necesidad si el otro contratante no abusa de la situación⁶⁰⁷. Y en la S 30.05.2000 de la *Cour de Cassation*, a propósito de una transacción celebrada entre el asegurado y la aseguradora tras el incendio del inmueble, se afirma que «la amenaza/coacción económica se asocia a la violencia (causa de nulidad) y no a la lesión (que no hay)»⁶⁰⁸.

Expuesto lo anterior, queda por definir los requisitos en los que una presión de orden económico puede constituir el vicio de la violencia, pues, evidentemente, toda circunstancia de ese orden que pese sobre el contratante no basta para entrañar la nulidad y *parece que el criterio se encuentra en la explotación deliberada de la circunstancia por el otro contratante*⁶⁰⁹.

⁶⁰³ Si inicialmente la S 30.01.1970 de la *Cour de Colmat* amplió la noción de dolo (para sus hechos, *supra* nota 99, según la descripción de LLOBET I AGUADO), posteriormente la *Cour de Cassation* lo rechazó. Entre otros, MALINVAUD/FENOULLAT/MEKKI y FABRE-MAGNAN (*supra* [15]) y FLOUR/AUBERT/SAVAUX (*supra* [14]) apuntan que el dolo es un error provocado; *vid.* también la nota 90.

⁶⁰⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229.

⁶⁰⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229, y nota 5 en p. 229.

⁶⁰⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229.

⁶⁰⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 229.

⁶⁰⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 230. Por otro lado, cfr. con el Derecho belga, *supra* nota 551.

⁶⁰⁹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 230; añaden que la jurisprudencia social parece dispuesta a admitir más ampliamente la violencia moral sobre los trabajadores.

En suma, concluyen Flour/Aubert/Savaux, la asimilación del estado de necesidad a la violencia debe considerarse la regla general, pero solo si el otro contratante se aprovechó de esas circunstancias para pactar condiciones abusivamente favorables a él⁶¹⁰.

[B] ¿Qué papel podría desempeñar la lesión?—En otro orden de consideraciones y también para el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, Flour/Aubert/Savaux apuntan que, teniendo presente las actuales tendencias del Derecho y la filosofía social contemporánea, en donde la aspiración de la igualdad prima sobre el ideal de la libertad, se podría esperar la promulgación de un texto general que permita al juez anular o modificar todo contrato lesivo y, si no ha sido así, una de las razones es la siguiente⁶¹¹. Que se duda, si fundar ese texto general en la concepción objetiva o en la subjetiva de la lesión y la duda crea la abstención⁶¹². Con la concepción objetiva, el solo defecto de la equivalencia entre la ventaja recibida y el sacrificio consentido por uno de los contratantes bastaría para anular o modificar el contrato⁶¹³. Su problema reside en la incertidumbre de la noción de valor⁶¹⁴, pronunciándose la doctrina dominante a favor de la concepción subjetiva, que exige una doble condición: que una de las partes se encuentre en una situación de inferioridad y que la otra se haya aprovechado con el fin de obtener demasiadas ventajas, explotando el género, la ligereza o la inexperiencia de la primera (lo que se ha llamado la *lésion qualifiée*)⁶¹⁵.

⁶¹⁰ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 224, p. 230. Los autores apuntan como ejemplo el del cirujano que reclama unos honorarios excesivos por una intervención urgente (cfr. este ejemplo con el Derecho belga, *supra* [73] [B]). En cambio, si las cláusulas del contrato son normales, habría una violencia legítima. Dicho de otro modo, si la amenaza es fruto de los eventos, es el carácter excesivo de las obligaciones aceptadas por una parte lo que se traduce, para la otra, en un acto reprensible. No basta solo el problema psicológico, pues se requiere además una culpa del otro contratante y de este modo, los elementos psicológicos y los morales, por una vez, coinciden. Psicológicamente, la amenaza que procede de eventos altera la libertad de consentimiento, como sucede con la amenaza que procede de la iniciativa humana, y moralmente hay culpa, no en el hecho de contratar con alguien que no puede evitar hacerlo, sino en explotar el estado de necesidad en que el interesado se encuentra. (224, p. 231).

⁶¹¹ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014), p. 257.

⁶¹² FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 257.

⁶¹³ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

⁶¹⁴ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258. Sin embargo, explican que la dificultad de la noción de valor no es insuperable, ya que en muchas prestaciones será posible referirse a un precio corriente. Pero, incluso así, puede no satisfacerse la justicia. Esto porque, por un lado, el respeto del precio corriente no prueba siempre que el contrato fuera justo (lo demuestra los salarios que se pagaban en la industria del siglo XIX, en una economía liberal; lo que se hacía, no era lo que forzosamente debía hacerse). Y por otro lado, el contrato puede ser justo, no habiendo sido concluido al precio corriente. Por ejemplo, es legítimo pagar caro lo que intensamente se desea por gusto personal, como una pieza de colección o un recuerdo de familia; el valor tiene un irreductible elemento de subjetividad.

⁶¹⁵ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258. Es la fórmula, señalan FLOUR/AUBERT/SAVAUX, de los códigos alemán y suizo, y del *projet de réforme du droit des contrats de l'Académie des sciences morales et politiques* (según su art. 64: «[...] lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la

*Para Flour/Aubert/Savaux, la prueba de que hubo una explotación del género, de la ligereza o de la inexperiencia del otro, malamente se distingue de la prueba positiva del vicio del consentimiento y por ello, la nulidad por la lesión qualifiée no añadiría gran cosa a la que, ya mismo, se arriesga con el dolo o con la violencia⁶¹⁶. Añaden (en 2014) que el *avant-projet de réforme du droit des obligations*, el *projet gouvernemental de réforme du droit des contrats* y el *avant-projet gouvernemental de réforme du droit des obligations* tratan las mismas situaciones (o casi las mismas) como supuestos de violencia⁶¹⁷. En su opinión, si la concepción objetiva de la lesión es injusta, la subjetiva está vacía y el legislador, sin duda, sería sabio en no optar por ellas⁶¹⁸, que es, añadido yo, lo que ha hecho la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131*.*

En cuanto al vigente Derecho francés, en este se sigue disponiendo que los vicios del consentimiento son el error, el dolo y la violencia (art. 1130 CCF, que transcribí *supra* [41]). Y como expuse *supra* [47], el legislador francés de la *Ordonnance n.º 2016-131* optó por insertar el abuso del estado de dependencia en el vicio de la violencia *con sus propias exigencias y efectos* (art. 1143 CCF, que transcribí *supra* nota 247), recogiendo la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, y figura que la doctrina y los prácticos habían calificado de «violencia económica» (en el *Rapport* se apunta que se trata de una innovación esencial)⁶¹⁹. Con este nuevo diseño normativo, en el vigente Derecho francés *¿ya no hay riesgo de que pueda llegar a admitirse el dolo sin error?*

Deshayes/Genicon/Laithier consideran que, ahora, la necesidad será menor, pero no descartan que ese riesgo se materialice dados los requisitos que para el abuso del estado de dependencia se exigen en el artículo 1143 CCF (que, como ya he apuntado, transcribí *supra* nota 247)⁶²⁰. En cambio, Chantepie/Latina, Mauger-Vielpeau, y Fages se limitan a indicar, para la vigente regulación, que el dolo genera un error en su víctima⁶²¹ (de lo que podría inducirse que consideran que no cabe el dolo sin error).

b) Al compartir el vigente Derecho belga la regulación originaria de los vicios del consentimiento del *Code civil* francés de 1804⁶²², en dicho Derecho también ha aparecido el problema de

victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si le rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat»; nota 4 en p. 258).

⁶¹⁶ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

⁶¹⁷ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

⁶¹⁸ FLOUR/AUBERT/SAVAUX (2014) 250, p. 258.

⁶¹⁹ *Supra* nota 248 para el *Rapport*; por otro lado, los artículos 1140 a 1142 CCF (que transcribí *supra* en nota 246) se ocupan vicio de la violencia.

⁶²⁰ *Supra* [47].

⁶²¹ *Supra* [47].

⁶²² *Supra* [69]; *vid.* también *supra* [5] y nota 11.

cómo solucionar los casos de indebida influencia y de estado de necesidad. Y la solución ha venido a través de la teoría de la *lésion qualifiée*, sin perjuicio de la posible aplicación del dolo y de la inserción del estado de necesidad en el vicio de la violencia⁶²³. Por lo que respecta a la regulación de la *Proposition de Loi*, en esta, a los tradicionales vicios del consentimiento del error, del dolo y de la violencia, *se añade un cuarto vicio del consentimiento, el del abuso de circunstancias* (art. 5.37 PLNCCB)⁶²⁴. El artículo 5.41 PLNCCB regula específicamente ese vicio del abuso de circunstancias (sus requisitos y efectos)⁶²⁵. Es oportuno que llame la atención sobre el hecho de que en la *Proposition de Loi* se haya girado de la solución de la lesión, en concreto de la teoría de la *lésion qualifiée*, a la solución del vicio del consentimiento del abuso de circunstancias, manteniéndose en dicho vicio del consentimiento los requisitos y efectos de la teoría de la *lésion qualifiée*.

Segunda. a) En el Derecho francés *anterior* y *posterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* se destaca la doble naturaleza del dolo. Esto es, que haciendo el enfoque a partir de la víctima del dolo, existe un *vicio del consentimiento*, y haciéndolo a partir del autor del dolo, hay un *delito (ilícito) civil*⁶²⁶. La doble naturaleza del dolo se manifestará, oportunamente, en los posibles *efectos* del dolo, en los de la anulación del contrato o/e indemnización de los daños y perjuicios (al respecto *infra* conclusión *décima*).

b) En el vigente Derecho belga, el dolo también es un ilícito civil y un vicio del consentimiento⁶²⁷.

Tercera. a) En cuanto a los elementos que conforman dolo, en el Derecho francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* se encuentra asentada la idea de que su autor debe haber tenido la intención de engañar a su víctima (el llamado elemento intencional)⁶²⁸. Tras la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131*, se sigue entendiendo que el elemento intencional es exigible en el dolo. El problema es *en qué artículo o artículos de la vigente regulación del Code civil francés asentarlos*. Ello se debe a la redacción adoptada en el artículo 1137.I CCF (que transcribí *supra* [41]) de que «[e]l dolo es el hecho de que un contratante obtenga el consen-

⁶²³ *Supra* [73] y [A] y [B].

⁶²⁴ *Supra* [87].

⁶²⁵ *Supra* [89] en caja más pequeña.

⁶²⁶ Para el Derecho francés *anterior* a la *Ordonnance n.º 2016-131*, *supra* [16], y para el *posterior* a la *Ordonnance n.º 2016-131*, *supra* [41] y [66].

⁶²⁷ *Supra* [74].

⁶²⁸ *Supra* [16]. Sobre el *dolus eventualis* en el Derecho alemán y en los PECL, *supra* nota 184, último párrafo.

timiento del otro mediante maniobras o mentiras»⁶²⁹. Y al respecto se han hecho distintas propuestas. Deshayes/Genicon/Laithier señalan *que* se trata de un requisito tradicional del dolo, que está implícito en el artículo 1137.I CCF, y *que* el artículo 1137.II CCF menciona expresamente el carácter intencional del dolo, aunque lo refiera a la reticencia dolosa⁶³⁰. Chantepie/Latina consideran *que* el reconocimiento del elemento intencional se le sobreentiende en el artículo 1137.I CCF, *que* aparece claro en el artículo 1137.II CCF para la reticencia dolosa, y entienden que en el artículo 1139 CCF es en donde se encuentra el fundamento general de la exigencia de la intención de engañar⁶³¹. Para Mauger-Vilpeau, aunque de modo tenue, el artículo 1137.I CCF se refiere al elemento intencional del dolo⁶³².

b) En el vigente Derecho belga, también es requisito del dolo la intención de su autor de engañar al otro para que celebre el contrato⁶³³. Y en el artículo 5.39.I PLNCCB, se expresa la idea de que el dolo implica que una parte ha engañado a su cocontratante intencionalmente⁶³⁴.

Cuarta. a) Sobre el otro elemento del dolo, el llamado elemento material, en el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el artículo 1116 CCF (que transcribí *supra* 13 [A]) solo utiliza el término «maniobra», que, considerado estrictamente, significa acto del hombre (se trata del *dolo activo*)⁶³⁵. Pero el engaño de la víctima del dolo puede llevarse a cabo mediante otra conducta, también *activa*, consistente en mentir al otro, y así lo admite la jurisprudencia francesa que afirma que basta la simple mentira para que pueda haber dolo, no precisándose de un acto exterior⁶³⁶. Asimismo, la jurisprudencia francesa señala que el dolo puede realizarse a través de la reticencia dolosa (el llamado *dolo pasivo, u omisivo*), algo que aquélla inicialmente no había admitido⁶³⁷. Sin embargo, para que pueda haber lugar a la reticencia dolosa es preciso que, quien la cometa, tenga a su cargo una obligación de informar al otro contratante. El problema es que en el *derecho común* francés *anterior* a la reforma de la *Ordonnance n.º 2016-131* no se disponía de una general obligación de informar al otro y la doctrina francesa se ocupó de su estudio, esto es, de

⁶²⁹ Al respecto *vid. supra* notas 260 y 264.

⁶³⁰ *Supra* [48].

⁶³¹ *Supra* [48].

⁶³² *Supra* [48].

⁶³³ *Supra* [74].

⁶³⁴ *Supra* [89].

⁶³⁵ *Supra* [17].

⁶³⁶ *Supra* [18].

⁶³⁷ *Supra* [20].

cuándo existía el deber de informar al otro y cuándo no (y entonces, en este último supuesto, uno ha de encargarse de su autoinformación)⁶³⁸. Además, en el Derecho francés anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131* se ha prestado particular atención a la cuestión de si uno ha de informar al otro *sobre el valor de la prestación del otro*, siendo al respecto decisiva la conocida *S 03.05.2000* (asunto *Baldus*) en virtud de la cual el comprador *no* tiene que informar al vendedor del valor real del objeto⁶³⁹. En otros casos, la jurisprudencia ha admitido que existía una obligación de informar al otro (*S 27.02.1996*, asunto *Vilgrain*), lo que puede entenderse justificado en la exigencia de lealtad⁶⁴⁰.

En el vigente Derecho francés se hace *expresa* mención de que el dolo puede tener lugar mediante maniobras, mentiras, o reticencia dolosa (art. 1137, I y II CCF, que transcribí *supra* [41]). La explícita alusión a la *reticencia dolosa* en el artículo 1137.II CCF, según el cual «constituye igualmente dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información que sabe de su carácter determinante para la otra parte», es para Deshayes/Genicon/Laithier la principal actualización del artículo 1137 CCF⁶⁴¹. Además, la *Ordonnance n.º 2016-131* codifica un deber general de información en el artículo 1112-1 CCF (que transcribí *supra* [42]), dando unas pautas sobre cuándo existe, y que, según el *Rapport*, se consagra de modo autónomo e independiente al deber de buena fe⁶⁴². En el párrafo II de dicho artículo 1112-1 CCF se especifica que el deber de información regulado *no recae sobre el valor de la prestación*, lo supone recoger la doctrina *Baldus* de la *S 03.05.2000* de la *Cour de Cassation*⁶⁴³. Por otro lado y para el dolo, el artículo 1139 CCF (que transcribí *supra* [41]) ordena que el error que resulta del dolo y que recae sobre el valor de la prestación es siempre causa de nulidad, y el dolo, en virtud del artículo 1137.II CCF (que transcribí *supra* [41]), incluye a la reticencia dolosa. *Surge la cuestión de cómo se coordinan los artículos 1137 y 1139 CCF, referidos al dolo, con el artículo 1112-1 CCF, referido al deber de informar, y sobre ello hay disparidad de opiniones*. Por ejemplo, Deshayes/Genicon/Laithier consideran que, solo con los anteriores datos, predomina la norma del dolo de los artículos 1137.II y 1139 CCF, sobre la del artículo 1112-1.II CCF, y por tanto, no se aplica la doctrina *Baldus* y ha de informarse siempre al

⁶³⁸ *Supra* [21].

⁶³⁹ *Supra* [22]; jurisprudencia confirmada por la posterior *S 17.01.2007*.

⁶⁴⁰ *Supra* [23].

⁶⁴¹ *Supra* [50]. En el *Rapport* se indica que se ha consagrado la reticencia dolosa en el artículo 1137.II CCF (*supra* [44]).

⁶⁴² *Supra* [45].

⁶⁴³ Sobre la doctrina *Baldus supra* [22].

otro contratante sobre el valor de su prestación en cuanto sea determinante de su consentimiento⁶⁴⁴. Sin embargo, proponen interpretar el artículo 1137.II CCF a la luz de la buena fe, considerando que la lealtad no siempre impone, más bien raramente lo hace, que haya de informarse al otro del valor de su prestación⁶⁴⁵. Según Savaux, quien en su trabajo no considera a los artículos 1139 y 1137.II CCF, la doctrina *Baldus* sigue vigente en el Derecho francés con el artículo 1112-1 CCF⁶⁴⁶. Y para Chantepie/Latina, la reticencia dolosa se encuentra desconectada de la obligación de información del artículo 1112-1 CCF, lo cual se traduce en que hay dolo si su autor sabía de la importancia decisiva de una información para el otro, no importando si esa información recaía sobre el valor de la prestación⁶⁴⁷. Las expuestas explicaciones son *anteriores* a la *Loi n.º 2018-287* y la citada *Loi* añade un párrafo III al artículo 1137 CCF (que transcribí *supra* [41]), según el cual, «[...] no constituye dolo el hecho de que una parte no revele a su cocontratante su estimación sobre el valor de la prestación», procediéndose, con ello, a la coordinación entre los artículos 1137 CCF y 1112-1 CCF, en beneficio del último (esto es, de la doctrina *Baldus*). El artículo 1137.III CCF se aplica a los contratos perfeccionados entre el 01.10.2018 y en adelante⁶⁴⁸. En opinión de Deshayes/Genicon/Laithier, la norma del artículo 1137.III CCF es *demasiado rígida*, pues, no solo antes de la reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* existía la doctrina *Baldus*, sino que también existía la doctrina *Vilgrain* (*S 27.02.1996*)⁶⁴⁹, según la cual en las relaciones marcadas por una relación de lealtad particularmente reforzada puede haber una reticencia dolosa sobre el valor de la prestación. Por ello, *proponen* que, para la interpretación del artículo 1137.III CCF, se tenga en cuenta el equilibrio que mantienen la doctrina *Baldus* y la doctrina *Vilgrain*, lo que supone que haya de atenderse a diversos factores, así a la facilidad y el mérito (el esfuerzo) en el acceso a la información sobre el valor de la prestación y a la relación de confianza entre las personas implicadas⁶⁵⁰.

b) En el vigente Derecho belga, el término «maniobras» del artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [69]) se interpreta de modo amplio; esto es, el dolo puede realizarse mediante maniobras, mentiras, o reticencia dolosa⁶⁵¹. Ahora bien, en el Derecho belga, su

⁶⁴⁴ *Supra* [52].

⁶⁴⁵ *Supra* [52].

⁶⁴⁶ *Supra* [52].

⁶⁴⁷ *Supra* [52].

⁶⁴⁸ *Supra* [10] y [11].

⁶⁴⁹ *Supra* [23]; doctrina que reafirma la posterior *S 25.03.2010*.

⁶⁵⁰ *Supra* [53].

⁶⁵¹ *Supra* [75].

jurisprudencia evolucionó, pues, de inicialmente limitar el dolo, al activo, admite que la reticencia dolosa pueda constituir dolo⁶⁵². La admisión, de que la reticencia dolosa pueda constituir dolo, presupone la infracción de una obligación de informar al otro, y aquí, dado que en el Derecho belga su Código civil es, en la materia que analizo, el *Code civil* francés en su redacción originaria, en aquel no existe una obligación *legal y general* de informar al otro. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia admiten que en ciertos casos existe una obligación de informar al otro, determinable *según las circunstancias*, por lo que en otros casos no existe obligación de informar (es uno el que ha de informarse)⁶⁵³.

En la *Proposition de Loi*, por un lado, el artículo 5.39 PLNCCB (que transcribí *supra* [87]), sigue empleando el término «maniobras» del vigente artículo 1116 CCB. Dicho término incluye al acto y a la mentira⁶⁵⁴. Además, el párrafo II del citado artículo 5.39 PLNCCB se encarga de aclarar que la maniobra incluye a la reticencia dolosa, conectando la misma con el incumplimiento del deber de informar ordenado por el artículo 5.20 PLNCCB (que transcribí *supra* [88]). Según este último artículo, durante las negociaciones precontractuales, las partes han de informarse cuando se lo imponga la ley, la buena fe y los usos, teniendo en cuenta la condición de las personas, sus expectativas razonables y el objeto del contrato⁶⁵⁵.

Quinta. a) En el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* se conoce la noción de *dolus bonus*, que no cuenta con una definición legal y *es dolo no sancionable*⁶⁵⁶. En el vigente Derecho francés se sigue sin hacer mención del *dolus bonus* en el Código civil, y Mauger-Vielpeau apunta que el artículo 1137.I CCF (que transcribí *supra* [41]) no distingue entre un *dolus bonus* y otro *dolus malus*⁶⁵⁷.

b) En el vigente Derecho belga también se conoce la noción de *dolus bonus*, no codificada⁶⁵⁸, y en la *Proposition de Loi* no se hace mención alguna a dicha noción al regular el dolo.

⁶⁵² *Supra* [76]; *S 28.04.1961, S 08.06.1978 y S 17.02.2012* de la *Cour de Cassation*.

⁶⁵³ *Supra* [77].

⁶⁵⁴ *Supra* [90].

⁶⁵⁵ *Supra* [91].

⁶⁵⁶ *Supra* [19]. Igualmente, en el Derecho italiano, el *dolus bonus* no se codifica y es distinción conocida [según CATAUDELLA, es distinción tradicional; *supra* [19] [B]]. En cambio, otros Código civiles han optado por contemplar expresa y legalmente al *dolus bonus*, como el Código civil de los Países Bajos [art. 3:44 (3) BW; al respecto *supra* [19] [B] y nota 125] y el Código civil portugués [vigente art. 253.2 CCP; el derogado Código civil de 1867 también lo contemplaba en su art. 667; al respecto *supra* [19] [B] y nota 126].

⁶⁵⁷ *Supra* [49].

⁶⁵⁸ *Supra* [75] y nota 465.

Sexta. a) En el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el artículo 1116 CCF.I (que transcribí *supra* [13] [A]) contempla el *dolo principal*, esto es, aquél en que, sin la conducta dolosa del otro contratante, la víctima del dolo no habría consentido y este dolo permite que el contrato pueda *anularse* (el dolo fue determinante)⁶⁵⁹. Aunque el artículo 1116.I CCF no lo menciona expresamente, en el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* se conoce al *dolo incidental*, en el que la víctima del dolo, aún sin él, habría igualmente concluido el contrato, pero, lo habría hecho en condiciones más ventajosas para ella (menos onerosas); este dolo incidental *solo* permite a su víctima exigir la oportuna *indemnización de daños y perjuicios*⁶⁶⁰. *Ahora bien*, algunos autores denuncian (rechazan) que se diferencie entre el dolo principal y el incidental, al considerar que se trata de una distinción artificial, por ser irreal pretender distinguir entre la voluntad de contratar, considerada en abstracto, y la voluntad de contratar en determinadas condiciones⁶⁶¹. Y a propósito de que el *dolo incidental* permita la *nulidad* del contrato, si ello se demanda, suele citarse la *S 22.06.2005* de la tercera *chambre civile* de la *Cour de Cassation*, en la que así se entendió⁶⁶². En cuanto a la apreciación de que el dolo determinó el consentimiento, se considera que ha de apreciarse *in concreto*⁶⁶³. Por último, *el dolo permite* que el contrato pueda anularse si su víctima sufrió un error sobre el valor de la cosa, o un error sobre los motivos extraños a las cualidades de la cosa o de la persona, o un error no sustancial, lo que no se admite en relación con el error vicio del artículo 1110 CCF (que transcribí *supra* nota 89)⁶⁶⁴.

En el *vigente* Derecho francés, el artículo 1130.I CCF (que transcribí *supra* [41]) dispone que *el dolo vicia el consentimiento si es de tal naturaleza que, sin él, la otra parte no habría contratado*

⁶⁵⁹ *Supra* [25].

⁶⁶⁰ *Supra* [25]. Sobre el origen de la distinción entre el dolo principal y el incidental, ZIMMERMANN, *supra* [25] [A].

⁶⁶¹ *Supra* [26]; así lo denuncian FLOUR/AUBERT/SAVAUX y citan como autores que tenían esa opinión a Planiol y Ripert, Esmein, y Ghestin (*supra* nota 188), y en esa misma dirección MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI citan a Marty y Raynaud, además de a otros autores (*supra* nota 188); añádase a lo anterior a BÉNABENT (también *supra* nota 188). Sin embargo, tanto MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI y MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK señalan que *sí* se distingue entre el dolo principal y el incidental (*supra* nota 189).

⁶⁶² *Supra* [26] [A]; pero *vid.* la advertencia que al respecto hacen MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, *supra* [26] [B].

Por otro lado, otros Derechos no distinguen entre el dolo principal (causal) y el dolo incidental. Por ejemplo, el Derecho alemán (*supra* notas 184 y 183), y parece que el Derecho suizo (*supra* nota 183). Tampoco se distingue en los PECL (*supra* nota 184).

⁶⁶³ *Supra* [27].

⁶⁶⁴ *Supra* [28].

o habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes. Esto es, para que exista el vicio del consentimiento, el dolo debe haber determinado el consentimiento de su víctima *en el sentido descrito por el artículo 1130.I CCF*⁶⁶⁵. Se entiende que una de las novedades del artículo 1130 CCF es su alusión al dolo incidental, apuntándose que no se distingue entre el dolo principal y el incidental y este último permite la anulación del contrato (Chantepie/Latina, Mauger-Vielpeau)⁶⁶⁶. Ahora bien, Deshayes/Genicon/Laithier destacan que lo que el artículo 1130.I CCF contempla es el supuesto en el que la víctima del dolo hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes, que se asimila a aquel otro en que aquélla no hubiera contratado, y en ambos se podrá anular el contrato, *y, enfrente, se encuentra* el supuesto en el que el dolo da lugar a que, sin él, su víctima hubiera contratado en condiciones *no sustancialmente* diferentes⁶⁶⁷. Así pues, Deshayes/Genicon/Laithier *diferencian el dolo principal*, que incluye los dos supuestos (las dos variables) contemplados(as) en el artículo 1130.I (no se hubiera contratado; se hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes) que permiten la anulación del contrato, *y el dolo incidental*, que da lugar a una modificación secundaria del contrato, que no permite la anulación total del contrato, y cuya sanción es la indemnización de daños y perjuicios⁶⁶⁸. En cambio, para Chantepie/Latina, *no se precisa* de la noción de dolo incidental para el supuesto en el que el dolo hubiere causado a su víctima una diferencia no sustancial en el contrato, ya que a esta le basta probar la culpa del otro contratante cuando concluyó el contrato y exigir la reparación de los daños y perjuicios fundamentándolo en el artículo 1240 CCF que versa sobre la responsabilidad extracontractual⁶⁶⁹.

Para apreciar si el dolo tuvo un carácter determinante sobre su víctima, el artículo 1130.II CCF (que transcribí *supra* [41]) ordena que se tengan en cuenta a las personas y las circunstancias en las que estas dieron su consentimiento, recogándose así el tradicional apego del Derecho francés a la voluntad interna de la víctima del dolo⁶⁷⁰. El error fruto del dolo es siempre excusable, y da lugar a la anulación del contrato incluso si recayó sobre el valor de la presta-

⁶⁶⁵ *Supra* [54].

⁶⁶⁶ *Supra* [55].

⁶⁶⁷ *Supra* [55].

⁶⁶⁸ *Supra* [55].

⁶⁶⁹ *Supra* [55] en caja más pequeña; para el artículo 1240 CCF, *supra* nota 408, segundo párrafo.

⁶⁷⁰ *Supra* [56].

ción o sobre un simple motivo del contrato (art. 1139 CCF que transcribí *supra* [41])⁶⁷¹.

b) En el vigente Derecho belga, la doctrina y la jurisprudencia diferencian entre el *dolo principal*, sin el cual la víctima del dolo no hubiera consentido el contrato y dolo que le permite la *anulación* del contrato, y el *dolo incidental*, sin el cual la víctima del dolo hubiera consentido al contrato en otras (mejores) condiciones y que *solo* le permite exigir la oportuna *indemnización de daños y perjuicios*⁶⁷². La mayoría de la doctrina aprueba esa distinción entre dolos, aunque otra parte la discute⁶⁷³. Por otro lado, Wéry critica la tesis que propugna la anulación del contrato por dolo incidental a través de la vía de la indemnización *in natura*, incardinándola en la responsabilidad extracontractual del artículo 1382 CCF (pues, señala, no hay una equivalencia cuantitativa)⁶⁷⁴. En el vigente Derecho belga, la inexcusabilidad del error de la víctima del dolo no impide la anulación del contrato, lo que se justifica en que *Fraus omnia corrumpit*⁶⁷⁵.

En la *Proposition de Loi*, su artículo 5.37.I (que transcribí *supra* [87]) prescribe que no hay consentimiento válido si fue consecuencia de un dolo determinante del vicio del consentimiento; esto es, que sin el dolo, su víctima no hubiera consentido (*dolo principal*). Según el artículo 5.37.II PLNCCB (que transcribí *supra* [87]) y a salvo las oportunas excepciones que haya, lo cual apunta el citado artículo 5.37.II PLNCCB, el vicio del consentimiento permite la *anulación* del contrato. En su regulación del dolo, la *Proposition de Loi* no menciona al *dolo incidental*, pero sí se le menciona en el *Comentario* que acompaña a dicha *Proposition de Loi*, sobre el que se indica que solo tiene por consecuencia que el engañado ha contratado en condiciones más onerosas y no afecta a la validez del contrato, y *solo* se puede exigir la *indemnización de daños y perjuicios* por la culpa precontractual del autor del dolo⁶⁷⁶. El carácter determinante del dolo se aprecia en la víctima del dolo⁶⁷⁷. Por último, según el artículo 5.39.III PLNCCB (que transcribí *supra* [87]),

⁶⁷¹ *Supra* [57]; recuérdese que el vigente artículo 1137.III CCF dispone que no es dolo el hecho de que un contratante no informe al otro de su estimación sobre el valor de la prestación (al respecto, *supra* [53]).

⁶⁷² *Supra* [78].

⁶⁷³ Según informa VAN OMMESLAHGE, *supra* [78] [A].

⁶⁷⁴ *Supra* [78] [C]; el artículo 1382 CCB tiene el mismo tenor literal que el derogado artículo 1382 CCF, que transcribí *supra* [37].

⁶⁷⁵ *Supra* [79]; sin embargo, en 1962, DE PAGE (en ese mismo [79] y en caja más pequeña) consideraba que no había que proteger la ignorancia imperdonable o la negligencia grosera. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, habiendo culpa en la víctima del dolo, *supra* [84].

⁶⁷⁶ *Supra* [92].

⁶⁷⁷ *Supra* [92].

el dolo es causa de nulidad (relativa) con independencia del carácter excusable del error (ya que *Fraus omnia corrumpit*)⁶⁷⁸.

Séptima. a) En el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el dolo principal que permite anular el contrato es el *dolo de parte*. Esto es, de acuerdo con el artículo 1116 CCF (que transcribí *supra* [13] [A]), *en los contratos onerosos, el dolo debe provenir del otro contratante, y si provino de tercero, se entiende que no cabrá la anulación contractual, aunque el contratante que sufrió el dolo de tercero puede exigir de este último la oportuna indemnización de daños y perjuicios*⁶⁷⁹. Obra de los autores es la identificación de *quién es tercero*; esto es, *cuándo hay, ciertamente, dolo de tercero*. En este sentido, por ejemplo, se entiende que sí cabe la anulación del contrato si medió *complicidad* entre el tercero y el otro contratante que se beneficia de la celebración del contrato; también, si el tercero es *representante* del otro contratante; y lo mismo, si el tercero tiene un *interés directo* en el contrato celebrado *dentro de un grupo de contratos*⁶⁸⁰. Se advierte, *además*, que si hubo dolo de tercero y su víctima reúne los requisitos que para el error vicio se exigen en el artículo 1110 CCF (que transcribí *supra* nota 89), dicha víctima podrá anular el contrato apoyándose en este otro vicio del consentimiento del error⁶⁸¹.

En cuanto a las *liberalidades* (dentro de ellas se encuentra la donación), en el Derecho francés anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131*, el dolo de tercero permite considerar nulo al acto (art. 901 CCF que transcribí *supra* nota 202).

En el *vigente* Derecho francés, de conformidad con el artículo 1137.I CCF (que transcribí *supra* [41]), el dolo principal de parte permite a su víctima la anulación del contrato. Pero además, el artículo 1138.I CCF (que transcribí *supra* [41]) precisa que hay dolo (se entiende que de parte) si el dolo procede del representante, del gestor de negocios, del encargado (auxiliar), o del «*porte-fort*»⁶⁸². El artículo 1138.II CCF (que también transcribí *supra* [41]) *añade* que hay dolo si procede del tercero en «*connivencia*» (no emplea el tradicional término de «*complicidad*»), surgiendo la cuestión de identificar los supuestos de hecho en él incluidos⁶⁸³. Para Desha-

⁶⁷⁸ *Supra* [93].

⁶⁷⁹ *Supra* [30] y [31].

⁶⁸⁰ *Supra* [33]; además, en los contratos de garantía se plantea, si el garante puede anular su garantía, cuando sufrió dolo por parte del deudor principal.

⁶⁸¹ *Supra* [33].

⁶⁸² *Supra* [59]. Sobre el concepto del «*porte-fort*», *supra* nota 330, y sobre la razón de cada uno de los supuestos contemplados en el artículo 1138.I CCF, *supra* [61].

⁶⁸³ *Supra* [59] y [62].

yes/Genicon/Laithier, la «connivencia» llega a incluir cuándo el otro contratante conoce del dolo de tercero y guarda silencio, si bien asimismo apuntan que se trataría de una reticencia dolosa encuadrable en el artículo 1137.II CCF⁶⁸⁴. En la misma línea se manifiestan Chantepie/Latina⁶⁸⁵. Mauger-Vielpeau y Cabrillac se limitan a hacer equivalente la «connivencia» con la «complicidad», y Malinvaud/Fenouillet/Mekki apuntan la inspiración del artículo 1138.II CCF en los PECL y en la jurisprudencia anterior⁶⁸⁶. Valorando lo dispuesto en el artículo 1138 CCF, Deshayes/Genicon/Laithier se muestran *críticos* con él, por su limitado listado de supuestos de hecho, y de ahí que interpreten ese artículo 1138 CCF en el sentido de que su listado es *meramente ilustrativo*, apuntando una serie de criterios que permiten incluir más supuestos de los expresamente previstos en el artículo 1138 CCF (inducción, deducción) a fin de conseguir la justa distribución del riesgo de la mala actuación del tercero⁶⁸⁷. Deshayes/Genicon/Laithier, y Cabrillac, señalan además, que en el acto *a título gratuito el dolo de tercero es causa de nulidad*⁶⁸⁸.

En cuanto al (estricto, auténtico) dolo de tercero, este no permite a su víctima que pueda anular el contrato, aunque esta podrá exigir del tercero la oportuna indemnización de los daños y perjuicios. Ciertamente, la anterior norma no se encuentra directamente expresada en la *vigente* regulación del dolo, si bien Deshayes/Genicon/Laithier la extraen de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1138.II CCF, mientras que Chantepie/Latina lo hacen de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1137.I CCF⁶⁸⁹. Además, se sigue admitiendo que la víctima del dolo de tercero, que no puede por él anular el contrato, pueda hacerlo amparándose en el vicio de error de los artículos 1132 a 1136 CCF, si reúne sus requisitos de aplicación⁶⁹⁰.

Por último, Deshayes/Genicon/Laithier recuerdan las *distintas reglas* que el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* hacía del *dolo de tercero (no permitiéndose a su víctima la anulación del contrato; derogado art. 1116 CCF)* y de

⁶⁸⁴ *Supra* [62].

⁶⁸⁵ *Supra* [62].

⁶⁸⁶ *Supra* [62]; en cuanto al artículo 4:111 PECL, *supra* [33] [B], en donde también me refiero a la regulación del dolo de tercero en los Principios UNIDROIT (art. 3.2.8; versión de 2016). Por otro lado, sobre el tratamiento que del dolo de tercero hacen el Derecho alemán, *supra* [62] [C], el Derecho de los Países Bajos, *supra* [62] [D], el Derecho italiano, *supra* [62] [E], el Derecho portugués, *supra* [62] [F] y el Derecho suizo, *supra* [62] [G].

⁶⁸⁷ *Supra* [63].

⁶⁸⁸ Para DESHAYES/GENICON/LAITHIER, *supra* [63]; para CABRILLAC, *supra* nota 375, segundo párrafo.

⁶⁸⁹ *Supra* [60].

⁶⁹⁰ *Supra* [59].

la *intimidación de tercero* (permitiéndose a su víctima la *anulación*; derogado art. 1111 CCF, que transcribí *supra* nota 380) y *son reglas que continúan en el vigente Derecho francés* (para el dolo, arts. 1137 y 1138 CCF, y para la violencia, art. 1142 CCF, que transcribí *supra* nota 246)⁶⁹¹.

b) En el vigente Derecho belga, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [69]), el *dolo de parte* es el que permite a su víctima la *anulación del contrato*, admitiéndose *además* que dicha víctima pueda proceder a la *anulación* del contrato si hubo *complicidad* entre el tercero y la otra parte; si esta última (la otra parte) *supo* de la actuación del tercero y *guardó silencio*; y si el tercero era *representante* de la otra parte⁶⁹². En cambio, el (estricto, auténtico) dolo de tercero no permite a su víctima que pueda anular el contrato por el dolo sufrido, aunque la víctima podrá exigir del tercero la oportuna indemnización de los daños y perjuicios⁶⁹³. Habiendo dolo de tercero, se admite que si su víctima reúne los requisitos del error vicio del

⁶⁹¹ *Supra* [63] [A.1].

a) En su análisis comparado de las vigentes normas aplicables en el Derecho francés al dolo de tercero y a la violencia de tercero, DESHAYES/GENICON/LAITHIER mientan, para el Derecho argentino y el dolo de tercero, al (vigente) artículo 274 CCCA. En dicho Derecho, no se da un diferente tratamiento jurídico al dolo de tercero y a la violencia de tercero (para esta última, el art. 277 CCCA), permitiéndose para ambos, que su víctima pueda anular el contrato. Sobre el vigente Derecho argentino, *supra* [63] [A.1] y nota 384; *vid.* también nota 392 para toda la vigente regulación del dolo. Ahora bien, en el *derogado* Código civil de Argentina ya se ordenaba la misma regla de que el dolo de tercero (art. 935 CCA) y la violencia de tercero (art. 941 CCA) permitían a su víctima la *anulación del contrato*, y CARRANZA explica cómo se llegó a esa norma, solución del igual trato jurídico (que la víctima puede anular el contrato) con la que CARRANZA se manifiesta de acuerdo (*supra* [63] [A.1]). En sus explicaciones, CARRANZA se refiere al (derogado y vigente cuando escribía en 1973) Derecho francés, que no permitía, en el dolo de tercero, la *anulación del contrato*, y sí lo permitía para la violencia de tercero, indicando que dicha solución la acogió el Derecho chileno (*supra* nota 385), el italiano de 1865 (*supra* nota 386), el español, y el suizo (*supra* nota 387).

Más allá de lo apuntado por CARRANZA, y ubicándome en el ámbito de algunos Derechos latinoamericanos, en unos se acoge la solución clásica de dar un tratamiento jurídico distinto al dolo de tercero (no cabe la *anulación*) y a la violencia de tercero (sí cabe la *anulación*) como en el antes citado Derecho chileno y en los Derechos colombiano (*supra* nota 385), uruguayo (*supra* nota 395), venezolano (*supra* nota 395) y peruano (*supra* nota 395). En cambio, acogen la solución del Derecho argentino (que el dolo y la violencia de tercero permiten la *anulación del contrato*), el Derecho paraguayo (*supra* nota 384) y el *Proyecto de Código civil de Colombia (primera versión)* de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional de Colombia) (*supra* nota 385, último párrafo). Por último, otra solución se recoge en el Derecho brasileño y así, aplicando una misma regla para el dolo de tercero y la violencia de tercero, esta consiste en que la víctima podrá anular el contrato si la parte a la que aprovecha conoció o debía conocer de ese dolo o violencia de tercero (*supra* nota 395).

b) En cuanto a la regulación de los PLDC 2017 sobre el dolo de tercero, su artículo 32 (1) admite que el dolo puede provenir de un tercero, indicando DE LA MAZA GAZMURI/VIDAL OLIVARES que se trata de la regla que se recoge en el vigente artículo 274 CCCA (*supra* [63] [A.2]); y para las versiones anteriores de los PLDC, *supra* nota 393).

⁶⁹² *Supra* [80] y [81].

⁶⁹³ *Supra* [80].

artículo 1110 CCB (del mismo tenor literal que el derogado art. 1110 CCF, que transcribí *supra* nota 89), pueda anular el contrato alegando dicho error vicio⁶⁹⁴. De Page critica duramente la incoherencia de que el dolo de tercero no permita a su víctima anular el contrato, y sí se le permita la anulación por la intimidación de tercero (art. 1111 CCB), llegando a afirmar que la regulación del Código civil (belga) es la defectuosa y no las justificaciones que los autores suelen apuntar para las distintas normas del dolo de tercero y la violencia de tercero⁶⁹⁵. Wéry y Dekkers aportan similares consideraciones a las de Page⁶⁹⁶. Más allá de lo anterior, en las *liberalidades*, el dolo de tercero permite su nulidad⁶⁹⁷.

En la *Proposition de Loi*, el artículo 5.37.III (que transcribí *supra* [87]) dispone que el *dolo que proviene del cómplice del otro contratante*, así como el que *procede de otra persona de la que el otro contratante deba responder, se asimilan al dolo de parte*. En consecuencia, *en tales casos*, la víctima del dolo *podrá anular* el contrato. Ahora bien, dicho artículo 5.37.III PLNCCB dispone la anterior norma no solo para el dolo, sino *también* para los vicios de la violencia y del abuso de circunstancias. Es decir y comparando con la *vigente* regulación del Derecho belga, *por un lado*, la norma de que *la violencia de tercero* (de cualquier tercero) permite a su víctima la anulación del contrato del artículo 1111 CCB, se ve *reducida* a lo ordenado por el artículo 5.37.III PLNCCB, y *por otro lado*, en lo que respecta al *dolo*, la norma del artículo 1116 CCB de que el dolo debe proceder de parte, se *amplia*, en cuanto que *expresa y legalmente* se admite, en el artículo 5.37.III PLNCCB, que el dolo de ciertos terceros permite a su víctima anular el contrato⁶⁹⁸.

Octava. a) En el Derecho francés *anterior* a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, legislativamente nada se dispone para el *dolo recíproco*, y para él, Fabre-Magnan recuerda que la *Cour de Cassation* admite que el contratante, víctima de maniobras doloosas, *puede anular el contrato, no importando que el mismo haya tratado creyendo que obtenía una ventaja sustancial no justificada*⁶⁹⁹. En el *vigente* Derecho francés, *nada se indica para el dolo*

⁶⁹⁴ *Supra* [81].

⁶⁹⁵ *Supra* [81] en caja más pequeña.

⁶⁹⁶ *Supra* [81] en caja más pequeña.

⁶⁹⁷ *Supra* nota 511, y [69] en caja más pequeña.

⁶⁹⁸ *Supra* [94]. Cfr. con la solución dada para el dolo de tercero y la violencia (amenaza) de tercero en los Principios UNIDROIT y en los PECL (*supra* [33] [B]), y en el Derecho brasileño (*supra* nota 395 último párrafo). Por otro lado y en otro plano, cfr. también con lo que el Derecho francés dispone para la violencia y para la violencia del abuso del estado de dependencia [*supra* nota 246 y, en particular, nota 247 a)].

⁶⁹⁹ *Supra* [34]. En el Derecho portugués, el artículo 254.1 *in fine* CCP se refiere expresamente al dolo recíproco, disponiendo que la anulabilidad *no se excluye* por el hecho

recíproco en la específica regulación que del mismo se hace en los artículos 1137 a 1139 CCF (que transcribí *supra* [41]).

b) *Ni el vigente Derecho belga, ni la Proposition de Loi contienen una específica norma para el dolo recíproco.*

Novena. a) En el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el artículo 1116.II CCF (que transcribí *supra* [13] [A]) ordena que el dolo *no se presume y debe probarse*. La norma *debe interpretarse*, señalan Malinvaud/Fenouillet/Mekki, *en el sentido de que, quien pretenda ser considerado como engañado, habrá de probarlo y por tratarse de un hecho, el dolo puede probarse por todo medio, incluido el de las presunciones*⁷⁰⁰. En cuanto a la *reticencia dolosa*, los anteriores autores se hacen eco de la *S 15.05.2002* de la *Cour de Cassation* en la que, para la reticencia dolosa y la anulación del contrato, se entiende que no se requiere probar la intención de engañar del otro contratante (un profesional), sino que lo que ha de probarse (por parte del particular) es el incumplimiento de la obligación de informar de aquél⁷⁰¹.

En el vigente Derecho francés, *no se recoge* la regla del (derogado) artículo 1116.II CCF de que *el dolo no se presume y debe ser probado, ni se dispone, en la específica regulación del dolo, particulares reglas para su prueba*⁷⁰².

b) En el vigente Derecho belga, el artículo 1116 CCB (al respecto *supra* [69]) ordena que *el dolo no se presume y debe probarse*. Los autores apuntan que el dolo es un hecho jurídico y *puede probarse por todo medio admitido en Derecho (incluidas las presunciones)* y además, suelen aclarar que lo que *se pretende con la norma del artículo 1116.II CCB es indicar la no admisión del dolus in re ipsa*⁷⁰³.

El artículo 5.39.IV PLNCCB (que transcribí *supra* [87]) *sigue disponiendo* que el dolo no se presume, sino que debe probarse (ha de probare la mala fe del otro)⁷⁰⁴.

Décima. a) En el Derecho francés anterior a la reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131*, el *dolo principal* permite, al que lo sufrió, ejercitar la *anulación* del contrato en el plazo de *cinco años*, contados estos desde que aquél *descubrió* el dolo (art. 1304 CCF, que transcribí *supra* [36]) y ello, siempre que ejercite la anulación

de que el dolo sea bilateral (*supra* [34] en caja más pequeña, en donde aludo además al Derecho italiano).

⁷⁰⁰ *Supra* [35].

⁷⁰¹ *Supra* [35]; pero *vid.* la crítica que a esa jurisprudencia hacen FLOUR/AUBERT/SAVAUX en nota 216.

⁷⁰² *Supra* [64].

⁷⁰³ *Supra* [82].

⁷⁰⁴ *Supra* [95].

en el plazo de veinte años, contados estos otros desde el nacimiento del derecho (art. 2232 CCF que transcribí *supra* [36]; es decir, desde la celebración del contrato)⁷⁰⁵.

Junto con la anulación del contrato, la víctima del dolo puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios, siendo su fundamento la responsabilidad extracontractual (art. 1382 CCF que transcribí *supra* [37])⁷⁰⁶. En el Derecho francés anterior a la reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* es algo asentado que dicha indemnización posee naturaleza extracontractual, y no contractual⁷⁰⁷. En cuanto a los daños indemnizables, se entiende que la indemnización debe situar a la víctima en la situación en que se encontraría si no hubiera tenido lugar el acto dañoso, siendo indemnizables los gastos habidos por la celebración del contrato, así como la pérdida de la oportunidad del beneficio de un contrato válido que la víctima del dolo hubiera celebrado, si no se hubiera vinculado al contrato que anula⁷⁰⁸.

Igualmente se admite, que la víctima del dolo no anule el contrato y exija solo la indemnización de los daños y perjuicios, y aquí, si esta solo se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1382 CCF, basta con la prueba de la culpa (esto es, que no ha de probarse la intención de engañar del otro)⁷⁰⁹. En cuanto a los daños indemnizables en este supuesto, en la *S 10.07.2012* de la *chambre commerciale* se entendió que el daño consiste en la pérdida de la oportunidad de haber podido contratar en condiciones más ventajosas con el otro contratante⁷¹⁰.

Finalmente, la jurisprudencia admite que la víctima del dolo pueda exigir solo la restitución del exceso del precio pagado⁷¹¹.

En el vigente Derecho francés, el dolo también permite a su víctima ejercitar la anulación del contrato (el dolo es causa de nulidad relativa según el art. 1131 CCF, que transcribí *supra* [41]), con un plazo de ejercicio de cinco años (art. 2224 CCF, que transcribí *supra* [65] [B]) desde que la víctima descubrió el dolo (art. 1144 CCF, que transcribí *supra* [41]) y siempre que ello tenga lugar en los veinte años desde el nacimiento del derecho (art. 2232.I CCF que transcribí *supra* [36]; desde la celebración del contrato)⁷¹².

⁷⁰⁵ *Supra* [36].

⁷⁰⁶ *Supra* [37].

⁷⁰⁷ Así, FLOUR/AUBERT/SAVAUX, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, FABRE-MAGNAN, BÉNABENT, *supra* nota 218.

⁷⁰⁸ *Supra* [37].

⁷⁰⁹ *Supra* [38]; además nota 216.

⁷¹⁰ *Supra* [38].

⁷¹¹ *Supra* [39].

⁷¹² *Supra* [65].

Además, la víctima del dolo puede *acumular a la anulación del contrato la indemnización de los daños y perjuicios*, especificando el artículo 1178.IV CCF (que transcribí *supra* [66]) que se trata de una *responsabilidad extracontractual*, ahora regulada en los artículos 1240 ss CCF⁷¹³. Sin embargo, dicho artículo 1178.IV CCF *no* indica cuáles son los *daños indemnizables*, algo que lamentan Deshayes/Genicon/Laithier, teniendo en cuenta la existencia, al respecto, de directrices por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, como que la finalidad de la indemnización de los daños y perjuicios es la reparación del interés negativo, indemnizándose los gastos de celebración del contrato así como la pérdida de la oportunidad de celebrar un contrato similar y válido⁷¹⁴. Pese a no haberse codificado lo anterior, Deshayes/Genicon/Laithier consideran *que las anteriores directrices continúan*⁷¹⁵. *E igualmente se sigue admitiendo* que la víctima del dolo pueda decidir *no anular el contrato y exigir solo la oportuna indemnización de daños y perjuicios*, siendo esto ahora específicamente contemplado en el artículo 1178.IV CCF (que transcribí *supra* [66]) al señalar, «[i]ndependientemente de la anulación del contrato [...]» (cursiva mía). Sobre los *daños indemnizables*, *si no se anula el contrato*, se trata de indemnizar a la víctima las condiciones *desventajosas* en las cuales consintió⁷¹⁶. Por último, Deshayes/Genicon/Laithier consideran *muy dudoso* que se haya reconocido en la *Ordonnance n.º 2016-131 una acción de reducción del precio* («*action en réfaction*») que permita al juez decidir reducir el precio⁷¹⁷.

b) En el vigente Derecho belga, el *dolo principal* permite a su víctima ejercitar la anulación del contrato (nulidad relativa; art. 1117 CCB del mismo tenor literal que el derogado artículo 1117 CCF, que transcribí *supra* [36]), en un plazo de *diez años* a contar desde el *descubrimiento* del dolo (art. 1304 CCB, que transcribí *supra* [83])⁷¹⁸.

A la *anulación* del contrato, la víctima del dolo puede *acumular la indemnización de daños y perjuicios* por la culpa precontractual del otro y con fundamento en el artículo 1382 CCB (del mismo tenor literal del derogado art. 1382 CCF, que transcribí *supra* [37]) y artículo referido a la *responsabilidad extracontractual* (se indemnizarán los gastos de negociación y de conclusión del contrato, la pérdida de otras oportunidades de contratar) y responsabilidad

⁷¹³ *Supra* [66] y nota 408. DESHAYES/GENICON/LAITHIER indican que, desde hace bastante tiempo, nadie defiende la aplicación de la responsabilidad contractual.

⁷¹⁴ *Supra* [66].

⁷¹⁵ *Supra* [66].

⁷¹⁶ *Supra* [66].

⁷¹⁷ *Supra* [67].

⁷¹⁸ *Supra* [83].

extracontractual que cuenta con un plazo de ejercicio de *cinco años* (art. 2262 *bis* CCB, que transcribí *supra* nota 527)⁷¹⁹. Además, la víctima del dolo *puede no anular el contrato y exigir solo la indemnización de los daños y perjuicios*, contentándose, en tal caso, con la reparación de los daños y perjuicios producidos por la culpa precontractual⁷²⁰. Por lo que respecta al *dolo incidental*, su víctima puede obtener la *indemnización de daños y perjuicios que le permita el reajuste de las condiciones del contrato*⁷²¹.

En la *Proposition de Loi*, de acuerdo con su artículo 5.37.II (que transcribí *supra* [87]) el *dolo* es causa de *nulidad relativa* del contrato. Dicha nulidad tiene un plazo de ejercicio de *cinco años*, a contar desde el día siguiente al que su titular *conoce* la causa de nulidad y, tratándose de la nulidad relativa, el mismo pueda renunciar a invocarla (por ello, es necesario que el vicio del consentimiento haya cesado) y además, en todo caso, la nulidad prescribe en el plazo de *veinte años a contar desde el día siguiente a la conclusión del contrato* (art. 5.63.I PLNCCB que transcribí *supra* [96])⁷²². La víctima del dolo, bien puede anular el contrato y exigir la indemnización de los daños y perjuicios por la responsabilidad precontractual que prevé el artículo 5.21 PLNCCB (art. 5.37.II PLNCCB que transcribí *supra* [87]) de naturaleza *extracontractual* (art. 5.21.I PLNCCB que transcribí *supra* [97]), o bien puede *no anular el contrato y exigir la oportuna indemnización de daños y perjuicios*⁷²³.

[100] Finalmente, procederé a mi *valoración personal*.

El Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y el vigente Derecho belga, incluyendo la doctrina de sus autores y su jurisprudencia, son unos *muy interesantes modelos de regulación del dolo* dentro del Derecho comparado, que, ade-

⁷¹⁹ *Supra* [84] y [85]; además, aunque la víctima del dolo hubiera cometido una imprudencia o negligencia, la misma no se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, que será total, pues *Fraus omnia corrumpit*.

⁷²⁰ *Supra* [85].

⁷²¹ *Supra* [85].

⁷²² El artículo 5.63.I PLNCCB, que dispone un plazo de *cinco años* para el ejercicio de la *nulidad relativa* del contrato, vendría a *reducir* el plazo de los *diez años* que para dicha nulidad relativa prevé el vigente artículo 1304 CCB (que transcribí *supra* [83]). Que se haya pensado en pasar de un plazo de diez años (vigente Derecho belga) a otro de cinco años (*Proposition de Loi*), se debe a que esos *diez años* parecen un plazo de *duración excesiva*, teniendo en cuenta las exigencias de la seguridad jurídica, además de que, con la reducción temporal, se produciría la *alineación del plazo para la nulidad relativa (cinco años) con el plazo de cinco años de la responsabilidad extracontractual*, y también se *alienarían los dos plazos de veinte años máximo para el ejercicio de la nulidad relativa del contrato y de la indemnización extracontractual* (art. 5.63.I PLNCCB para la nulidad relativa; vigente art. 2262*bis* § 1, II y III, CCB para la indemnización extracontractual; este art. 2262*bis* § 1, II y III, CCB lo transcribí *supra* en nota 527). *Supra* [96].

⁷²³ *Supra* [97].

más, nos son *muy cercanos* en cuanto a cultura y pensamiento jurídico⁷²⁴, y nos permiten reflexionar sobre la corrección o incorrección de la regulación del dolo del Código civil español (arts. 1265, 1269 y 1270 CC). Esto es, *en qué medida y cómo habría de reformarse el dolo del Código civil español*. Pues, el Derecho francés anterior a su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y el vigente Derecho belga se han enfrentado a un conjunto de cuestiones, a las que también se enfrenta el Derecho español, y aquellos Derechos las han solucionado de modo similar en algunas ocasiones, y de modo divergente en otras. En *supra* [2], apunté una serie de cuestiones que el dolo puede suscitar e intenté centrar, sintéticamente, la esencia de su problemática, pudiendo comprobarse en los anteriores [98] y [99], también sintéticamente, las soluciones adoptadas en los Derechos francés y belga. *En el Derecho español también se plantean las expuestas cuestiones a propósito del dolo*.

Por lo que respecta al vigente Derecho francés, fruto de su reforma por la *Ordonnance n.º 2016-131* y por la *Loi n.º 2018-287*, este nos permite ver, no solo cómo algunas de las cuestiones que presentaba su anterior regulación del dolo *se han solucionado legislativamente*, sino también cómo una nueva regulación *puede suscitar la aparición de nuevos problemas jurídicos*. La redacción de un nuevo artículo sobre el dolo, el nuevo *diseño global* del dolo, y su *engranaje* con el resto del sistema jurídico (por ejemplo, con el vicio de la «violencia económica»; con un genérico deber de información), siendo el dolo, además, una figura perteneciente a la teoría general del contrato (al derecho común), han de pensarse con detenimiento. En términos generales, entiendo que la reforma francesa del dolo es una positivación de su jurisprudencia y de algunas de sus tesis doctrinales, y responde a su concepción de los vicios del consentimiento⁷²⁵.

En cuanto a la *Proposition de Loi* del Derecho belga, su regulación del dolo también supone una positivación de su jurisprudencia y de algunas de sus tesis doctrinales, y se plantea su coordinación con una obligación general de información y con la responsabilidad precontractual. Ahora bien, en la *Proposition de Loi* puede percibirse cierta influencia de los habituales textos de *soft law* de Derecho privado europeo (así de los PECL, del *Draft Common Frame of Reference*). En este sentido, resaltaría la influencia en el acogimiento, como nuevo vicio del consentimiento, del abuso de circunstancias, apartando las posibles soluciones de encajarlo en el

⁷²⁴ *Supra* [4] [A]; pero *vid.* también [4] [B].

⁷²⁵ En relación con la regulación del dolo, *vid. supra* [44] lo indicado en el *Rapport*. Para la obligación de información del artículo 1112-1 CCF y el *Rapport, supra* [45].

vicio de la violencia o de considerarlo como uno de los excepcionales supuestos de lesión. Por otro lado, también destacaría la unificación que se propone para el dolo de tercero y la violencia de tercero a efectos de la posible anulación del contrato. Finalmente, la *Proposition de Loi* tiene en cuenta otros Derechos nacionales, como el vigente Derecho francés, el Derecho alemán y el Derecho de los Países Bajos, habituales modelos de referencia legislativa⁷²⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMANN, T./FRANCK, J.-U.: *European Contract Law and German Law*, ed. Stefan Leible/Matthias Lehmann, 2014:
- «Artículos 4:107 PECL y II.-7:205 DCFR, y § 123 (1) BGB», pp. 199-205.
 - «Artículos 4:111 PECL y II.-7:208 DCFR, y § 123 (2) BGB», pp. 239-244.
- ALARCÓN ROJAS, Fernando/CORTÉS MONCAYO, Édgar/KOTEICH KHATIB, Milagros/M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia/LÓPEZ CASTRO, Yira/MANTILLA ESPINOSA, Fabricio/MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty/MONTOYA MATEUS, Fernando/NAVIA ARROYO, Felipe/NAVIA REVOLLO, Juan Felipe/NEME VILLAREAL, Martha Lucía/TERNERA BARRIOS, Francisco: «Informe Colombia», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 207-295.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *La nulidad y la rescisión en el Derecho chileno*, tomo II, 2010.
- ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, José/MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Informe Venezuela», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 561-639.
- ARROYO Y AMAYUELAS, Esther (trad.)/BECKMANN, Jochen (rev.): «§§ 122, 123, 138 BGB», *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès (2008) pp. 55-56, 59.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia/DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo/PIZARRO WILSON, Carlos/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Informe Chile», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 297-378.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa: *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, 2019.
- BEALE, Hugh/FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte/RUTGERS, Jacobien/VOGENAUER, Stefan: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, third edition, 2019.
- BÉNABENT, Alain: *Droit des obligations*, 17^e éd., 2018.
- *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., 2010.
- BOILLOT, Christine: «La reforma del derecho común del contrato en el Código Civil francés, Ordenanza del 10 de febrero de 2016 y Ley de ratificación del 20 de abril de 2018», *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 61-82.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como

⁷²⁶ *Supra* [5] [B], y las oportunas indicaciones que he ido haciendo al exponer el dolo según la *Proposition de Loi*, *supra* [89] y ss.

- vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?», *RCDI*, 2009, pp. 57-96.
- CABRILLAC, Rémy: *Droit des obligations*, 14^e ed., 2020.
- CARRANZA, Jorge A.: «El dolo-viceo de la voluntad en el Derecho civil argentino (Estudio doctrinario y jurisprudencial)», *ADC*, 1973, pp. 585-614.
- CARTWRIGHT, John: *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, traducción de la tercera edición por Juan Pablo Murga Fernández, 2019.
- CATAUDELLA, Antonino: *I contratti, Parte generale*, quinta edizione, 2019.
- CHANTEPIE, Gaël/LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016:
- «Introduction», pp. 3-53.
 - «Artículo 1130», pp. 240-243.
 - «Artículo 1131», pp. 243-246.
 - «Artículos 1137, 1138, 1139», pp. 262-269.
 - «Artículo 1144», pp. 283-284.
- *La nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e édition, 2018:
- «Artículos 1137, 1138, 1139» pp. 275-284.
- DE ALMEIDA PRADO, Mauricio/BIRMAN, Pedro/ESPÍRITU SANTO, Gustavo/GABBAY, Daniela/KONDER, Carlos/PÓVOA, Marcos Fabricio: «Informe Brasil», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 117-206.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España, Parte general*, tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil*, 2.^a ed., 1949, reproducción facsimilar 1984.
- *El negocio jurídico*, 1971, reproducción facsimilar 1985.
- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso: *El dolo en el Derecho civil*, 1955.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «El contenido: una primera aproximación», *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, coord. y ed. Í. De la Maza/C. Pizarro/A. Vidal, 2017, pp. 27-75.
- DE LORENZO, Miguel Federico/KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída/MOLINA DE JUAN, Mariel F./PICASSO, Sebastián/SANTARELLI, Fulvio Germán/SÁENZ, Luis R. J.: «Informe Argentina», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 19-116.
- DE PAGE, Henri: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, tome premier, 3^e éd., 1962.
- DEKKERS, René: *Précis de Droit civil belge*, tome deuxième, *Les obligations – Les preuves, Les contrats – Les sûretés*, Bruxelles, 1955.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Dependencia, ventaja excesiva y violencia en la reforma del Código civil francés de 2016», *Estudios jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, dirs. J. M. Embid Irujo/J. M. Miquel González/A. M. Morales Moreno, coord. C. Arija Soutullo/M. J. Santos Morón, Fundación registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 613-636.
- DESHAYES, Olivier/GENICON, Thomas/LAITHIER, Yves-Marie: «Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018», *SJ*, édition générale, núm. 18, 30.04.2018, pp. 884-896.
- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^e éditon, 2018:

- «Artículo 9», pp. 20-30.
 - «Artículo 16», pp. 31-39.
 - «Artículo 1130», pp. 206-210.
 - «Artículo 1131», pp. 211-212.
 - «Artículo 1137», pp. 231-239.
 - «Artículo 1138», pp. 240-243.
 - «Artículo 1139», pp. 244-247.
 - «Artículo 1143», pp. 252-263.
 - «Artículo 1144», pp. 264-265.
 - «Artículo 1178», pp. 364-371.
 - «Artículo 1204» (2018) pp. 491-492.
- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 1 édition, 2016:
- «Artículo 1139», pp. 209-213.
- DÍAZ, Hugo S./MARIÑO LÓPEZ, Andrés/MIRANDE, Santiago/NICOLA, José Luis: «Informe Uruguay», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 485-559.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.^a Candelaria: *Curso de Derecho Civil, III, Obligaciones*, 2017.
- DOS SANTOS MELGAREJO, José Dos/ANGULO SARUBBI, Jorge Emilio/BREUER PLANAS, José María/GODOY DURIA, Luis Armando/MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio/RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Aldo Javier: «Informe Paraguay», *El Derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de Derecho de los contratos)*, coord. Carlos Pizarro Wilson, 2012, pp. 379-483.
- EPSTEIN, Aude-Solveig: «Artículo 1179», *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article Odonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, sous la direction de Thibault Douville, 2016, pp. 147-150.
- FABRE-MAGNAN, Muriel: *Droit des obligations, I-Contrat et engagement unilatéral*, 3^e édition, 2012.
- FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES (UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA): *Proyecto de Código civil de Colombia-Primera versión: Reforma del código civil y su unificación en obligaciones y contratos con el código de comercio*, coordinadores y corevisores José Alejandro Bonivento Fernández/Pedro Lafont Pianetta/Fredy Andrei Herrera Osorio; versión digital.
- FAGES, Bertrand: *Droit des obligations*, 7^e éd., 2017.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017, pp. 473-785.
- FLOUR, Jacques/AUBERT, Jean-Luc/SAVAUX, Éric: *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e édition, 2014.
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, tomo II, 4.^a ed. no modificada, traducción de José María Miquel González/Esther Gómez Calle, 1998.
- FUENTESECA (DEGENEFTE), Cristina: *El dolo recíproco*, 2002.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. (traducción): *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto*, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen con las variantes de las principales edi-

- ciones antiguas y modernas y con notas de referencias, tomo 1.º, Primera Parte, Instituta- Digesto 1.ª, 2.ª y 3.ª Parte, 1889.
- GAZZONI, Francesco: *Manuale di diritto privato*, XIX ed., 2019.
- GHESTIN, Jacques: *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., 1993.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Desequilibrio Contractual y Tutela del Contratante Débil*, 2018.
- HARTKAMP, Arthur: *Contract Law in the Netherlands*, 2^{cond} ed. en colaboración con Annemarie E. B. ter Heide, 2015.
- HIJMA, J.: «Artículos 4:111 PECL y 3:44 BW», *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, ed. Danny Busch/Ewoud Hondius/Hugo van Kooten/Harriët Schelhaas (general editor)/Wendy Schrama, 2002, pp. 218-220.
- IAMICELI, P.: *Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary*, ed. Luisa Antonioli/Anna Veneziano, 2005:
- «Artículos 4:107 PECL y 1439 CCI», pp. 206-209.
 - «Artículos 4:111 PECL y 1390, 1434 y 1439 CCI», pp. 226-229.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert (trad.)/ BECKMANN, Jochen (rev.): «§ 344 BGB», *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, 2008, p. 107.
- LEQUETTE, Yves/LOISEAU, Grégoire/SERINET, Yves-Marie: «Validité du contrat-Consentement (art. 1108 à 1115-1)», *Avant-Projet de réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281)*, 2005, pp. 18-22.
- LHOSSE, Sebastian: *Commentaries on European Contracts Law*, edited by Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, 2018:
- «Artículo 4:107», pp. 689-694.
 - «Artículo 4:111», pp. 708-713.
- LLOBET I AGUADO, Josep: *El deber de información en la formación de los contratos*, 1996.
- JÖRS, Paul/KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado romano*, traducción de la 2.ª edición alemana por L. Prieto Castro, primera edición 1937, reimpresión 1965.
- KÖTZ, Hein: *European Contract Law*, second edition, translated from the German by Gill Mertens/Tony Weir, 2017.
- MALAURIE, Philippe/AYNÈS, Laurent/STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Droit des obligations*, 9^e éd., 2017.
- *Droit des obligations*, 7.ª éd., 2015.
- MALINVAUD, Philippe/FENOUILLET, Dominique/MEKKI, Mustapha: *Droit des obligations*, 14^e éd., 2017.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, second edition, 2006.
- MAUGER-VIELPEAU, Laurance: *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article Odonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, sous la direction de Thibault Douville, 2016:
- «Artículo 1130», pp. 81-82.
 - «Artículo 1131», pp. 82-83.
 - «Artículo 1137», pp. 89-91.
 - «Artículo 1138», p. 91.
 - «Artículo 1139», p. 91.
 - «Artículo 1144», p. 83.

- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «El dolo como vicio del consentimiento», *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*, editor Sixto Sánchez Lorenzo, tomo I, 3.^a ed., 2016, pp. 1221-1268.
- PEERAER, Frederik/SAMOY, Ilse: «The Belgian Civil Code: How to Restore its Central Position in Modern Private Law?», *ERPL*, 2016, 3 y 4, pp. 601-617.
- PROBST, Thomas: «Deception», *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume VII, *Contracts in General*, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, Part 2, 2008, pp. 66-172.
- RIPERT, Georges: *La règle morale dans les obligations civiles*, quatrième éd., 1949.
- ROJO AJURIA, Luis: *El dolo en los contratos*, 1994.
- ROMERO Y GIRÓN, Vicente/GARCÍA MORENO, Alejo (dirs.): *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos modernos*, tomo tercero, *Instituciones del Reino de Italia*, Madrid, 1885.
- *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos modernos*, tomo sexto, *Instituciones y Códigos de Holanda*, Madrid, 1890.
- *Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos modernos*, tomo séptimo, *Leyes y Códigos portugueses*, Madrid, 1891.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, 2016, pp. 991-1038.
- SAVAUX, Eric: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC*, 2016, pp. 715-741.
- SMITS, Jan M.: *Contract Law, a comparative introduction*, second edition, 2017.
- THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: «Artículo 4:111», *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, ed. Ole Lando/Hugh Beale, 2000, pp. 271-274.
- TRABUCCHI, Alberto: *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, 1937.
- UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*): «Artículo 3.2.8», *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, 2016.
- VAN OMMESLAGHE, Pierre: *Traité de Droit civil belge*, tome II, *Les obligations*, volumen 1, *Introduction, Sources des obligations (première partie)*, Bruylant, 2013, 10^e tirage 2019.
- VAN REIGERSBERG VERSLUYS, Juan Guillermo: *Derecho patrimonial neerlandés, traducción de los libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, 1996.
- VAN ROSSUM, M. M.: «Artículos 4:107 PECL y 3:44 BW», *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, ed. Danny Busch/Ewoud Hondius/Hugo van Kooten/Harriët Schelhaas (general editor)/Wendy Schrama, 2002, pp. 206-208.
- VIAL DEL RÍO, Víctor: *Teoría general del acto jurídico*, 2011.
- WARENDORF, Hans/THOMAS, Richard/CURRY-SUMNER, Ian: *The Civil Code of the Netherlands*, 2nd ed., 2013.
- WÉRY, Patrick: *Droit des Obligations*, volume 2, *Les sources des obligations extracontractuelles, Le régime general des obligations*, 2016.
- «Mutations et défis du droit belge des obligations», *Revue de la Faculté de droit d'Université de Liège*, 2015, pp. 203-230.
- *Droit des Obligations*, volume 1, *Théorie générale du contract*, 2^e edition, 2011.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de la renovación del Derecho Contractual*, 2019.

ZIMMERMANN, Reinhard: *The law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996.

ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein: *Introduction to comparative law*, third revised edition, translated from the German by Tony Weir, 1998.

DOCUMENTACIÓN

CHAMBRE DES REPRÉSENTATS DE BELGIQUE (Session extraordinaire 2019, 16 juillet 2019): *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil (déposée par M. Servais Verherstraeten, Chambre, 1^e Session de la 55^e Législature, DOC 55 0174/001.*

Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* en el artículo 1186 CC¹

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad de Navarra

RESUMEN

*Este es un estudio sobre la posibilidad de interpretar el artículo 1186 CC de manera que el acreedor pueda exigir al deudor lo que éste ha obtenido por disponer de la cosa debida a aquél. Cuando la imposibilidad sobrevenida la causa el propio deudor de cosa cierta, por ejemplo, por venderla a un segundo comprador, parece claro que el primer comprador podrá pedirle la indemnización de los daños que le haya causado el incumplimiento. Pero además, ese segundo precio obtenido por negociación «representa» a la cosa debida en el patrimonio del deudor y la cuestión es si podría el primer comprador exigir lo que el segundo ha pagado por la cosa, a cambio del precio pactado en la primera venta. Desde que Díez-Picazo se pronunciara sobre la cuestión hace ya más de diez años se han sucedido algunas opiniones pero no está claro lo que podría aportar una solución así, qué función está llamada a cumplir una obligación tal, etc. En definitiva, este estudio procura responder a la cuestión de si existe una obligación de entregar el *commodum ex negotiatione* y, en tal caso, a qué acreedores debería reconocerse y con qué alcance.*

PALABRAS CLAVE

Commodum representationis (o ex re). Commodum ex negotiatione. Imposibilidad sobrevenida. Obligación de dar cosa cierta. Doble venta. Venta de cosa debida. Conductio por intromisión.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Las fronteras del Derecho de Enriquecimiento Injustificado en el Derecho Privado» (DER2017-85594-C2-2-P, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), del que es Investigador Principal el autor, proyecto que se encuentra coordinado con otro del mismo nombre a cargo del profesor Pedro del Olmo en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a los profesores Fernando Pantaleón y Pedro del Olmo que tuvieron la amabilidad de leer la versión original y realizar comentarios que han redundado en provecho del trabajo. Mi deuda con ellos sigue creciendo.

Not Performing Because of Negotiations over the Owed Thing: The So-Called *Commodum ex Negotiatione* of Article 1186 CC

ABSTRACT

*This study explores the possibility of an interpretation of Article 1186 CC in a way that would allow the creditor to claim back the proceedings that the debtor obtained by selling the thing that the latter owed to the former. When the debtor himself has made performance of the contract impossible by selling the thing to a second buyer, it seems clear that the first buyer may claim compensation for damages caused by the breach. But also, this second price obtained by the debtor negotiation «represents» the owed thing in the debtor's patrimony and, therefore, the question is whether the first buyer could demand that second price from the debtor, in exchange of the price applicable to the first sale. Since Díez-Picazo expressed his position on the matter more than ten years ago, a debate has been held in our literature, but it is still unclear what can be expected from a solution like this, what function is called to fulfill such an obligation, etc. In this context, this study seeks to answer the question of whether there is an obligation to surrender the *commodum ex negotiatione* and, if this is the case, to which creditors should be recognized such an obligation and to what extent.*

KEY WORDS

Commodum representationis (or ex re). Commodum ex negotiatione. Supervening impossibility of performance. Obligation to give a thing. Double sale. Sale of an already sold thing. Restitution for wrongs.

SUMARIO: 1. *Planteamiento.*–2. *Fundamento y ámbito de aplicación del precepto.*–2.1 El fundamento.–2.2. La obligación que se extingue.–2.3 La pérdida de la cosa.–2.4 El contenido del *commodum.*–3. *Interpretaciones del precepto.*–3.1 La interpretación estricta.–3.2 Las interpretaciones extensivas.–3.3 Crítica principal a la interpretación estricta.–4. *La función del derecho al commodum.*–5. *La necesidad de coherencia valorativa.*–5.1 El caso francés.–5.2 La venta de cosa ajena.–6. *La conditio por intromisión en el Derecho de contratos: la venta de cosa debida al acreedor.*–7. *El commodum en casos distintos a la venta de cosa debida.*–8. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

1. PLANTEAMIENTO

Dice el artículo 1186 CC que, «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que

el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». Es el artículo que cierra la Sección segunda («De la pérdida de la cosa debida») del Capítulo IV («De la extinción de las obligaciones»), en el Título primero («De las obligaciones») del Libro IV del Código civil español y, a pesar de su aparente simplicidad², ha recibido duras críticas³, y ha despertado alguna que otra disputa aún no resuelta. El presente trabajo se centra en una de esas cuestiones, en concreto, la protagonizada por el llamado *commodum ex negotiatione*: ¿quién se beneficia del precio (más alto que el valor) que obtiene el deudor por disponer de la cosa que debía entregar al acreedor?

Ciertamente, no es tarea fácil determinar qué tipo de obligación es la que se extingue por la pérdida de la cosa (*prima facie*, la de entregar cosa cierta pero, como veremos, ni siquiera esta hipótesis está libre de interpretaciones; por otra parte, la historia del precepto se ha caracterizado por extender su aplicación más allá de ese marco), ni qué debería entenderse por pérdida, o cuáles son las acciones que se atribuyen al acreedor y cómo hacerlas llegar hasta él. En cualquier caso, parece legítimo partir de que el precepto concede al acreedor que ya no podrá recibir la cosa debida un derecho a quedarse con lo que ésta haya dejado en el patrimonio del deudor (las acciones de éste contra terceros), esto es, un derecho al denominado *commodum representationis* («cómodo representativo» o «cómodo de representación»), que *compensa* la pérdida del crédito⁴. En una primera aproximación el *commodum* aparece como un «residuo» o un «subrogado», aquello que «queda en lugar de» o «representa» a la cosa perdida: ya que el acreedor no podrá recibirla, debería poder quedarse al menos con aquello que de ésta haya sobrevivido, en que ésta se haya transformado, que por ésta se haya recibido, etc. El presente estudio se centra en analizar parte del supuesto de hecho: se pregunta si entre las acciones que el acreedor recibe del deudor «por razón de» la cosa está la de exigir el precio, cuando éste la haya vendido.

² ROCA JUAN, 1976, p. 523: el precepto no ha merecido una excesiva atención, acaso «porque en una consideración general, pronto se nos ofrece como justo, equitativo o lógico que el acreedor, al perder su crédito que se extingue, obtenga esas acciones; y el deudor, que ve extinguida su deuda sin cumplirla, no quede, además, beneficiado con el resultado de estas acciones contra tercero». DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 658: los ejemplos de POTHIER son, por una parte, la compraventa de un caballo que es arrebatado por un tercero antes de su entrega: el vendedor se libera pero estará obligado a subrogar al comprador en las acciones que tenga contra el tercero; y por otra, la compraventa de un terreno que resulta expropiado antes de la entrega: el vendedor queda libre de la entrega pero ha de subrogar al acreedor en el derecho al justiprecio.

³ CASTILLA BAREA, 2001, p. 321.

⁴ RUDA GONZÁLEZ, 2010, p. 1319.

2. FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRECEPTO

Desde el trabajo de referencia en la exégesis del precepto, un artículo de Roca Juan de 1976⁵, el estudio del artículo 1186 CC ha quedado estructurado en torno a las siguientes cuestiones: (1) esclarecer el fundamento; (2) en cuanto al supuesto de hecho, determinar (a) qué tipo de obligación se extingue por la pérdida de la cosa, (b) qué tipo de pérdida da lugar a la extinción y (c) cuáles son las acciones del deudor que conforman el cómodo del acreedor; (3) en cuanto a la consecuencia jurídica, explicar cómo opera la transmisión de acciones del deudor al acreedor: si hay obligación de ceder, si la cesión opera *ex lege*, si se trata de una legitimación legal para ejercer derechos ajenos, etc.

2.1 EL FUNDAMENTO

El fundamento de la norma resulta pacífico. Roca Juan explica que la *ratio* del precepto se encuentra en «el concreto mecanismo de la sustitución de valores en el patrimonio del deudor, para paliar el *periculum* de la cosa obligada y evitar el enriquecimiento injusto del deudor»⁶. La idea estaba clara en Pothier, de donde habría llegado al art. 1303 del *Code* francés, principal antecedente de nuestro 1186 CC: si, una vez extinguida la cosa, la propiedad continúa subsistiendo en lo que reste o quede de ella, ¿por qué el derecho de crédito a la entrega de una cosa no ha de subsistir, extinguida la cosa, en lo que reste de ésta en el patrimonio del deudor? El *commodum representationis* aparece así como aquello que compensa a quien sufre el *periculum obligationis*, que puede ser o no el propietario de la cosa en el momento de la pérdida (dependiendo de que la propiedad se haya transmitido con solo el título traslativo o, como ocurre en el caso español, que además haga falta el modo). El cómodo es para el que corre con el riesgo de pérdida de la cosa, sea o no su propietario. Las acciones que el deudor tenga contra el tercero que ha causado la pérdida de la cosa sustituyen a ésta en su patrimonio, de manera que la *res debita* queda sustituida o representada por las acciones (de indemnización) por razón de ésta⁷.

⁵ ROCA JUAN, 1976, pp. 521 y ss

⁶ ROCA JUAN, 1976, p. 529. GARCÍA GOYENA, 1974 (1852), p. 618: «En suma, nada debe quedar de la cosa en poder del deudor, pues que este no debe enriquecerse en manera alguna con detrimento de su acreedor».

⁷ ROCA JUAN, 1976, pp. 529 a 532. Sobre la misma idea, Díez-PICAZO, 1993, p. 657: «El fundamento de la norma y su justificación se encuentra en que traspasa a favor del

2.2 LA OBLIGACIÓN QUE SE EXTINGUE

En cuanto a la naturaleza de la obligación que, extinguida por la pérdida de la cosa, da derecho al cómodo, la mera lectura del precepto parece encajar fácilmente con la obligación de dar cosa cierta, pero la doctrina se plantea si además es necesario que la entrega persiga la transmisión de la propiedad de la cosa, o si basta con que se trate simplemente, por ejemplo, de restituirla. Roca Juan se muestra partidario de la primera opción⁸: cuando la deuda es para restituir la cosa que es propiedad del acreedor no hay propiamente transmisión del *commodum*, pues éste podría acudir por sí mismo a las acciones reivindicatoria e indemnizatoria⁹. Sin embargo, como ocurre en los supuestos de hecho de algunos preceptos (arts. 1778 y 1897 CC¹⁰), una disposición de cosa ajena de buena fe podría dejar al propietario sin la reivindicatoria (contra un tercero adquirente protegido) y sin la acción de daños (contra el disponente no culpable), y aunque hubiese lugar para éstas, no se entiende por qué no deberían concurrir todas las acciones y que sea el propio acreedor quien decida a cuál acudir.

Si se trata de obligaciones recíprocas, parece claro que el acreedor que, por no recibir la cosa, resuelve la relación obligatoria, no

acreedor el valor de la cosa, que el deudor no puede entregar en especie, pero de cuya pérdida obtiene algún lucro; y en dar al acreedor aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido, desde el punto de vista económico, a la cosa cuya entrega no puede realizarse. El fin de la norma es la protección del acreedor: se trata de paliar en lo posible el perjuicio sufrido por éste y evitar el enriquecimiento que el deudor recibiría si quedara liberado de la obligación y obtuviera los lucros derivados de tal hecho». BADOSA COLL, 1993-2, p. 263: «El artículo 1186 se refiere a la compensación por el posible enriquecimiento injusto que pueda experimentar el deudor por la pérdida de la cosa «contra terceros» (...). El artículo 1186 opera con una doble subrogación: la «real» entre la cosa perdida y las «acciones... por razón de la cosa» y la «personal» en cuanto a la titularidad de las acciones».

⁸ ROCA JUAN, 1976, pp. 534 a 537; p. 534: «Acaso pueda anticiparse que la atribución de acciones, que establece el artículo 1186, opera en la extinción de obligaciones de entregar cosa determinada, en función traslativa de la propiedad u otro derecho real, y no en aquellas situaciones en que la obligación de entregar cumple una función restitutoria o es presupuesto para el ejercicio de un derecho de goce, que tienen prevista una solución específica». Se está refiriendo al heredero del depositante en el artículo 1778 (que teniendo obligación de restituir la cosa e ignorándolo, la enajena de buena fe y queda obligado a pagar «el precio») y al *accipiens* de buena fe en el artículo 1897 (que enajena la cosa recibida y queda obligado a entregar «el precio» al *solvens*). Analiza también otros supuestos de obligaciones con función restitutoria y entiende que no les hace falta la aplicación del artículo 1186 CC.

⁹ CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 143 a 149. RUDA, 2010, p. 1319.

¹⁰ Artículo 1778 CC: «El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado».

Artículo 1887 CC: «El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus acciones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción por hacerlo efectivo».

adquirirá las acciones que tenga su deudor contra tercero «por razón de ésta», y que si opta por hacer valer esas acciones, no podrá resolver. Roca Juan es partidario de que sea el acreedor el que opte entre el cómodo o la resolución, como ocurre en el § 281 BGB (tras la reforma del BGB, § 285)¹¹. Ahora bien, si la cosa se pierde por culpa del deudor, se produce la *perpetuatio obligationis* que permite acudir a la responsabilidad por daños (art. 1101 y 1106 CC), lo que –en su opinión– excluye la aplicación del art. 1186 CC¹². De aquí que la cuestión sobre si la «pérdida» de la cosa debería ser necesariamente fortuita o podría ser también imputable a la culpa o a un hecho propio (culpable o no) del deudor, la resuelve el autor mencionado exigiendo que la pérdida sea fortuita.

2.3 LA PÉRDIDA DE LA COSA

Las cosas se complican cuando la «pérdida/extinción» se produce en el seno de una obligación recíproca, pues aquí la cuestión del riesgo está ligada a la del incumplimiento y sus remedios, alguno de los cuales se hace depender de que sea subjetivamente imputable. Desde una perspectiva unilateral (típicamente obligacional), el acreedor que no recibe la cosa tiene derecho, si la pérdida es imputable, a la indemnización del daño-valor y, si no lo es, a la entrega del *commodum*; ni se plantea la cuestión de una posible resolución del contrato. Aunque se diese por buena, esta descripción no explica por qué en el primer caso (pérdida imputable) al acreedor se le niega la posibilidad de elegir entre el daño-valor o el cómodo, si éste le interesa más (el deudor ha vendido la cosa debida por mayor valor que el de mercado). Desde una perspectiva bilateral, típicamente contractual, la resolución no depende de que el incumplimiento sea imputable, de manera que el contratante cumplidor puede optar por exigir el cumplimiento o la resolución, con indemnización de los daños causados en ambos casos (ésta sí, subjetivamente imputable), pero pedir el cómodo solo podrá hacerlo si el incumplimiento (por pérdida de la cosa) es fortuito, no si la pérdida es imputable al deudor. Ciertamente, no es fácil defender esa diferencia de trato. Conviene por tanto ahondar en la relación entre

¹¹ ROCA JUAN, 1976, p. 539: «Lo que significa que en la obligación sinalagmática, el incumplimiento de la obligación de entregar, por pérdida fortuita de la cosa (...), coloca al acreedor de la obligación extinguida en la posición de optar por la resolución, excluyendo el efecto general del artículo 1186, si hay cómodo representativo; o de adquirir las acciones contra tercero por razón de la cosa, excluyendo la facultad de resolución».

¹² ROCA JUAN, 1976, p. 540.

la imputabilidad del incumplimiento y el remedio representado por el cómodo.

Díez-Picazo explica que, «de acuerdo con el tenor literal de los artículos 1182 y 1184, si la pérdida o la imposibilidad sobrevinida le son imputables al deudor, (...) en el lenguaje del Código la obligación no se extingue, lo que parece querer decir, en sentido contrario, que subsiste o se perpetúa» (aquí hay quien quiere ver que la obligación «continúa» en el llamado «cumplimiento por equivalente», y quien explica esa continuidad con el nacimiento de una obligación de indemnizar los daños causados por el incumplimiento, entre los que estaría el valor de la prestación no realizada)¹³. Ahora bien, «si la relación obligatoria es sinalagmática, el art. 1182 no deja la cuestión resuelta, pues no explica la repercusión que la llamada «extinción de la obligación» produce en la obligación recíproca, si es que produce alguna. Este es el problema que la doctrina conoce con el nombre de *periculum obligationis* (...), la pregunta por la repercusión de la imposibilidad del cumplimiento de una obligación en la obligación recíproca cuando ambas se encuentran enlazadas sinalagmáticamente». Si se permite al acreedor resolver el contrato (no entraremos aquí en esta cuestión), sea o no la pérdida fortuita, se le estará liberando del *periculum obligationis*. Por ello, «en rigor, la solución es la misma si la imposibilidad es imputable al deudor. En este caso, la otra parte tiene la opción de pedir la equivalente o la indemnización, ejecutando su prestación, o desligarse del contrato, reduciendo la indemnización que pueda pedir por los daños ulteriores que se le hayan causado»¹⁴. Si esto es así, ¿tiene sentido que en caso de pérdida no imputable el contratante cumplidor pueda optar además por el «cómodo» del artículo 1186 CC (con la reducción que ello suponga del daño resarcible), excluyendo por tanto la resolución, y que el contratante cumplidor que sufre una pérdida culpable *no pueda disponer de esa posibilidad?* Como

¹³ Me parecen más sólidos los argumentos a favor de la unidad del remedio indemnizatorio; sobre ello, véase MORALES MORENO, 2006, pp. 47 y ss.: «La *aestimatio rei* o cumplimiento por equivalente no constituye un sistema de responsabilidad diferente. El valor de la cosa es una partida más que podrá ser tomada en cuenta, si resulta procedente, en el cálculo del daño». PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1020 y 1021: «la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria –a la que la lógica (¿y el art. 1156. III CC?) exige considerar extinguida–, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis*». Sobre las razones de fondo que subyacen a la bipartición del sistema indemnizatorio contractual, véase DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 681; también, DELGADO ECHEVERRÍA, 1994, p. 194.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, 1993, pp. 654 a 656.

sintetiza Ruda, en las obligaciones bilaterales «el acreedor escogerá entre la resolución o recibir el cómodo y la indemnización que complete el valor de su interés en el cumplimiento»¹⁵, con independencia de que el motivo que haya causado el incumplimiento sea imputable¹⁶.

2.4 EL CONTENIDO DEL *COMMODUM*

Finalmente, Roca Juan entiende que las acciones que corresponden al acreedor son las que nacen en el patrimonio del deudor contra tercero a raíz de esa pérdida, bien por haber causado éste un daño (extracontractual) a la cosa, bien por haberla expropiado forzosamente, bien por estar la cosa asegurada¹⁷. No contempla expresamente la hipótesis de que el propio deudor haya dispuesto voluntariamente de la cosa debida, probablemente por entender que, como supuesto de pérdida imputable, no cae bajo el amparo del precepto¹⁸. En cuanto al modo de operar la transmisión de las acciones, le parece preferible la tesis de que el deudor está obligado a ceder las acciones al acreedor¹⁹.

3. INTERPRETACIONES DEL PRECEPTO

3.1 LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA

Entre las diferentes interpretaciones del precepto, Díez-Picazo califica de estricta la de Carrasco²⁰. Según este autor, la obligación se extingue —*ex* artículo 1182 CC— solo cuando la cosa se pierde de modo fortuito y antes de que el deudor incurra en mora pues, si la pérdida fuese imputable al deudor, el acreedor no correría ningún

¹⁵ RUDA, 2010, p. 1319.

¹⁶ PANTALEÓN, 1991, p. 1050: «En caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación por ella debida imputable a una de las partes, la otra podrá optar por resolver o no, siendo menor o mayor la cuantía de la indemnización que podrá exigir en un caso u otro en concepto de responsabilidad contractual. Y optando por no resolver, podrá pretender, si existe, el *commodum representationis* (artículo 1186 CC), más, en su caso, la indemnización que reste hasta alcanzar el valor de su íntegro interés en el cumplimiento».

¹⁷ ROCA JUAN, 1976, pp. 524 y ss. (hasta 543).

¹⁸ Desde luego, el supuesto de venta por el propio deudor plantea un caso de responsabilidad por hecho propio, pero podría ser no imputable por tratarse de una segunda enajenación de buena fe (cree que la primera venta es nula, que no se concluyó, etc.) y, por tanto, no habría posibilidad de atribuirle responsabilidad por daño en la segunda venta.

¹⁹ ROCA JUAN, 1976, pp. 534 y 548. Opinión que apoya, sobre todo, en el modo de operar la transmisión de la propiedad en nuestro sistema, con exigencia de título y modo.

²⁰ Díez-Picazo, 2007, p. 1605.

riesgo: la obligación se perpetuaría en la de indemnizar por incumplimiento. El art. 1186 CC se entiende en el contexto de un acreedor que corre con el riesgo de pérdida (*periculum obligationis*), por lo que, si al acreedor le queda abierta la vía del artículo 1124 CC por ser la obligación recíproca –con lo que evitaría el riesgo–, resulta «muy dudosa» la aplicación del artículo 1186 CC²¹. Con esas premisas, Carrasco concluye que «si el vendedor, que aún no ha entregado la cosa, la vende por segunda vez a un mejor precio, el comprador sólo tendrá derecho al precio pagado y a los daños, no al mayor precio de venta del contratante incumplidor». Menciona que no es esta la interpretación que se hace del § 281 BGB (actual § 285), que permite al acreedor elegir entre la restitución del cómodo representativo (si hay enajenación por precio, cómodo de negociación) y la indemnización de daños contractuales²².

3.2 LAS INTERPRETACIONES EXTENSIVAS

El rigor de la interpretación estricta consiste en ser consecuente con el –hasta ahora– único fundamento de la norma: el cómodo compensa el riesgo, y el riesgo (*periculum*) consiste *stricto sensu* en asignar a uno de los contratantes la pérdida *fortuita*. Sin embargo, la historia de las interpretaciones del precepto, tanto en nuestro ordenamiento jurídico con en el panorama jurídico europeo, ha estado protagonizada por el impulso de ampliar su ámbito de aplicación más allá del marco de la compraventa de cosa cierta perdida fortuitamente²³. Así, Puig Brutau, siguiendo en este punto a Larenz, afirma que se trata de «dar al acreedor lo que en el patrimonio del deudor ha sustituido desde el punto de vista económico a la cosa que el deudor debía entregar al acreedor, cuya entrega no puede ya realizar», y da por bueno el comentario que Santos Briz añade a esta opinión, en el sentido de que «es lógico que [el acreedor] tenga también acción contra el deudor cuando con ello [la pérdida] éste

²¹ CARRASCO PERERA, 1988, p. 143. Sobre la última cuestión (la relación entre el artículo 1186 CC y la resolución), véase DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 659: «tampoco esta conclusión [que la posibilidad de resolver excluya el cómodo] resulta pacífica, porque no se ve la razón para impedir, en la relación obligatoria bilateral o sinalagmática, al acreedor la opción entre reclamar la resolución o reclamar el cumplimiento con el *commodum representationis*, si esto puede ser más beneficioso para él».

²² CARRASCO, 1988, p. 143. Al ser la pérdida no imputable, las acciones de residuo típicas del cómodo se reducen a la acción indemnizatoria contra el tercero que haya causado la extinción de la cosa, la de exigir el pago del justiprecio contra la Administración que la haya expropiado o la de cumplimiento de pago de la suma asegurada contra la aseguradora.

²³ ROCA JUAN, 1976, p. 533. Así ha sido también la historia del precepto en Francia o Italia. Para el Derecho alemán, véase SCHERMEIER, 2007, Rn. 78 y ss.

haya obtenido algún provecho; de otra forma el deudor obtendría un enriquecimiento injusto». Y aunque los ejemplos que pone son de daño indemnizable y daño asegurado, la *ratio* de la explicación no excluiría, *a priori*, que el provecho esté constituido por el precio que el deudor ha obtenido de un segundo comprador²⁴.

Se expresa también en términos amplios Cristóbal Montes, para quien «si, como es ordinario, el acreedor debe soportar la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*incommodum obligationis*), así también tendrá derecho a todo lo que se obtenga como consecuencia del hecho causante de la imposibilidad (*commodum representationis*) y no solo cuando proceda del hecho ilícito de tercero, sino también cuando derive *de cualquier acontecer* que determine la imposibilidad de la prestación, tal como destrucción por incendio, expropiación forzosa, privación y, en general, siempre que el deudor obtenga una indemnización o un provecho derivado de lo que fue objeto de la obligación. La regla debe ser, pues, que quien soporte la desventaja, y precisamente por ello, debe beneficiarse de la ventaja»²⁵.

En el contexto de las funciones que cumple la responsabilidad contractual, y en concreto para negar que lo sea una pretendida función de «evitar que el deudor se enriquezca por su incumplimiento», Pantaleón afirma que «el artículo 1186 CC ha de considerarse aplicable, no sólo al *commodum ex re*, sino también al *commodum ex negotiatione*. Lo que significa, en esencia, que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquél, con apoyo en el mencionado precepto, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste; alternativa que interesará especialmente al acreedor, cuando, con ella, pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría, como indemnización de daños y perjuicios, por la vía de la responsabilidad contractual: si la contraprestación del tercero tiene un valor superior al valor de mercado de la cosa debida, y si no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido por el deudor»²⁶. Es la primera vez que entre nosotros se defendía lo que ya era moneda corriente en Derecho alemán.

²⁴ PUIG BRUTAU, 1976, pp. 428 y 429: «La redacción del transcrito artículo sin duda es demasiado restringida».

²⁵ CRISTÓBAL MONTES, 1987, p. 602. GONZÁLEZ PORRAS, 1991, pp. 364 y 365.

²⁶ PANTALEÓN, 1991, p. 1022. Se apoya en el artículo 1095 CC, «que atribuye ya al acreedor [aún no propietario] de la cosa el monopolio de las utilidades de la misma». Reitera su opinión en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» (1993, pp. 1736 y 1737).

Clemente Meoro estudia a fondo el asunto y se muestra partidario de que el cómodo alcance también al precio por disposición voluntaria del bien por parte del deudor (*commodum ex negotiatione*)²⁷. Se apoya en cinco argumentos:

1) la idea de que la pérdida imputable, por facilitar al acreedor la acción de daños, excluye el derecho al cómodo, no resulta convincente: a nadie puede convencer que no haya «pérdida» en el sentido del artículo *porque la obligación se perpetúe* en la de indemnizar daños (*perpetuatio obligationis*); los motivos procesales que en Roma avalaban esa construcción han desaparecido por completo y no se aprecia ningún otro argumento por el que mantener dicha figura. Hoy son demasiadas y muy autorizadas las voces que entienden que el incumplimiento imputable no perpetúa la obligación de entregar en la de resarcir los daños causados, sino que provoca el nacimiento de una acción indemnizatoria: la obligación de entregar se ha extinguido y en su lugar ha nacido la de indemnizar, y entre los daños indemnizables puede estar el valor de la cosa que debió entregarse²⁸. Tampoco se explica por qué no deberían concurrir ambas acciones –de daño y de entrega del cómodo, netamente distintas– de manera que sea el acreedor quien decida acudir a una u otra.

2) El argumento de que el cómodo solo se debe si la pérdida es fortuita convence igualmente poco desde la perspectiva del propio cómodo (y por tanto, con independencia de lo que ocurra en la acción de indemnización), porque de este modo se facilita a los acreedores una protección frente al incumplimiento fortuito que se niega a los acreedores que sufren un incumplimiento imputable al deudor, con el argumento de que «ya tienen otra acción». Ante acciones diferentes, con *ratio* y funciones distintas, lo lógico es que concurren y sea el acreedor quien proteja su interés como prefiera; en su caso, lo que habría que explicar es por qué una de ella (la de daños) excluye a la otra (la del cómodo). Ambas acciones son compatibles, aunque resulta obvio que el daño resarcible será

²⁷ CLEMENTE MEORO, 2000, p. 172. También RUDA (2010, p. 1319) parece secundar a PANTALEÓN argumentando que, «de otro modo, el deudor experimentaría un enriquecimiento injusto o sin causa» (*ratio* que toma de PUIG BRUTAU, 1976, p. 429).

²⁸ ROCA JUAN, 1976, p. 539: «Extinguida la obligación de entregar la cosa, por pérdida que origine indemnizaciones o pretensiones contra tercero, si el acreedor acepta las indemnizaciones o las acciones que amparan la pretensión, por el efecto post-extintivo del artículo 1186, quedará excluida la posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria, porque aquel efecto es secuela del crédito originario. Si opta por ejercitar la facultad resolutoria, no podrá, en cambio, adquirir las acciones contra tercero que, por la extinción, le atribuye en principio el artículo 1186, porque ese efecto es incompatible con la resolución, que disuelve el vínculo del que emana».

menor cuando se haya obtenido el cómodo (§ 285. II BGB)²⁹; lo que no se podrá es pedir dos veces el valor de la cosa por dos conceptos: el precio como «cómodo de negociación» (para reintegrar el derecho usurpado) y el valor de mercado del bien como daño (para indemnizar el patrimonio dañado).

3) Si en las obligaciones recíprocas decimos que el acreedor puede resolver o exigir el cómodo (opinión no compartida por Carrasco), no se ve por qué habría de negársele esa misma opción cuando la pérdida sea imputable al deudor³⁰; esto es, no se ve el motivo por el que habría que distinguir si la causa de resolución es o no imputable (lo que no es un requisito para resolver), y en función de ello hacer que se pueda pedir o no el cómodo.

4) Los artículos 1778 y 1897 CC atribuyen el *commodum ex negotiatione* en supuestos en los que la cosa debida se enajena de buena fe por quien estaba obligado a restituirla (al depositante y al *solvens*, respectivamente), y en los que la pérdida no es imputable porque ambos –heredero del depositario y *accipiens*– creen de buena fe que pueden disponer del bien; de aquí deduce el autor que no se ve la razón «por la que no quepa generalizar la solución de los artículos 1778 y 1897 CC a todo supuesto de imposibilidad imputable de una prestación de carácter contractual»³¹.

5) Finalmente, pone de relieve que resulta inícuo que los beneficios del incumplimiento doloso correspondan al deudor: «Teniendo que escoger entre el deudor doloso y el acreedor (...), resulta más equitativo elegir a éste que a aquél, y considerar que tiene derecho al sustitutivo de la cosa debida fruto de la negociación del deudor»³².

Si los tres primeros argumentos giran en torno a la interpretación del supuesto de hecho del artículo 1186 CC (qué «obligación», qué «pérdida», qué «acciones»), el cuarto plantea la necesi-

²⁹ La misma idea se incorpora en el artículo 1196 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley, de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación (2009), cuya segunda frase deja clara la compatibilidad de la acción de petición del cómodo junto a la indemnizatoria [»Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido.».]. Con un texto prácticamente igual, el artículo 518-4 de la Propuesta de CC de la APDC.

³⁰ CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 172 y ss.: «En este sentido resultan significativos los artículos 1136-3.ª y 1185 CC», en los que se establece «la sustitución de la cosa perdida por su precio». A continuación sugiere que también podría pensarse que «cuando la enajenación del bien sea la causa de la imposibilidad de la prestación, pueda el acreedor optar por el precio que haya pagado un tercero *como modo de determinar el perjuicio sufrido*, que sea aquel superior al de mercado». Sin embargo –añado yo–, ese razonamiento abre la puerta a considerar el precio como un daño mínimo, objetivo o abstracto (frente al daño subjetivo/concreto), con el correspondiente factor punitivo que ello supondría para la pretensión de indemnización. Se apunta esta idea en DELGADO ECHEVERRÍA, 1994, pp. 194 y 195.

³¹ CLEMENTE MEORO, 2000, p. 177.

³² CLEMENTE MEORO, 2000, p. 178.

dad de una interpretación sistemática de éste con otros preceptos en los que se contempla la enajenación de cosa que debe restituirse, de manera que las soluciones sean valorativamente coherentes, y el quinto trata de algo que podría confundirse con el derecho al cómodo de negociación, pero que –en mi opinión– plantea un asunto más complejo, como es el de la posible restitución de la ganancia obtenida mediante el incumplimiento doloso del contrato. Me parece oportuno adelantar aquí que no conviene confundir la restitución del precio como subrogado de la cosa debida (al que el acreedor tiene derecho cuando el deudor la vende) con el problema de la restitución de la ganancia ilícita, sea su absorción, sea su reparto. Como veremos, la entrega del cómodo es una medida de reintegración y la absorción de la ganancia, en su caso, una medida punitiva. Sobre ello se volverá más adelante.

Para Ruda, el cómodo es compatible con las obligaciones bilaterales, en las que «el acreedor escogerá entre la resolución o recibir el cómodo y la indemnización que complete el valor de su interés en el cumplimiento», y le parece que el cómodo podría consistir en «los beneficios obtenidos por el deudor mediante su actividad negocial», esto es, en el precio de venta³³. Erdozáin aprecia que, «según los autores, la acción se refiere no solo a las indemnizaciones, sino también al valor asegurado, e incluso a las ganancias obtenidas por el deudor por medio del desarrollo de su actividad negocial»³⁴. Sin embargo, Díez-Picazo Giménez se hace eco de los principales obstáculos para admitir que el precepto incluya el *commodum ex negotiatione*: la pérdida no es fortuita, y se estaría otorgando un trato de especial privilegio al acreedor de cosa determinada frente a otros acreedores de obligaciones diferentes. Por su parte, la jurisprudencia apenas ha tenido oportunidades de pronunciarse sobre el asunto³⁵.

Puede apreciarse, por tanto, una cierta tendencia en la doctrina (en absoluto unánime) a conceder el *commodum ex negotiatione* al acreedor, al menos al de cosa cierta. Sin embargo, no parece haber

³³ RUDA, 2010, p. 1319.

³⁴ ERDOZÁIN, 2009, p. 1425.

³⁵ MORENO-TORRES HERRERA y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2009, p. 2167: «Las dudas hermenéuticas que plantea el precepto no han sido resueltas por una inexistente jurisprudencia». Se cita la SAP Asturias, de 10 de julio de 2000 (AC 1627), sobre una prestación que deviene imposible por expropiación de la finca en la que el demandado debía construir. Del artículo 1186 CC se afirma que «la interpretación que cabe hacer del artículo 1186 CC incluso permitiría al acreedor, que pierde la cosa que debía entregarse por la expropiación, el ejercicio de la acción correspondiente contra la entidad expropiante para obtener el precio de la expropiación. El fin de la norma es básicamente la protección del acreedor, paliando en lo posible el perjuicio sufrido y evitando el enriquecimiento que el deudor recibiría si quedara liberado de la obligación y obtuviera los lucros derivados de tal hecho».

ningún argumento definitivo: ni está claro el motivo por el que deberíamos limitarnos a una interpretación estricta del precepto que deja muchas cuestiones sin responder, ni la necesidad de coherencia valorativa con otros supuestos y otros preceptos parece suficiente para aceptar pacíficamente el derecho del acreedor al cómodo de negociación y, en su caso, para determinar qué acreedores gozarían de ese derecho y con qué alcance. ¿Por dónde avanzar?

3.3 CRÍTICA PRINCIPAL A LA INTERPRETACIÓN ESTRICTA

La principal crítica que se hace a la tesis estricta proviene de que concede el cómodo al acreedor que, ante un incumplimiento no imputable, carece de otras acciones y, por el contrario, lo niega cuando la pérdida es imputable al deudor, lo que le hace incurrir en una «palmaria contradicción de valoración»³⁶. Se podría querer justificar la decisión diciendo que «no hay riesgo», pero no se ve por qué no debería ser el acreedor quien decida pedir la reparación del daño o la entrega del cómodo³⁷; además, la compensación del «riesgo» podría no ser el único fundamento posible del precepto. Estaría también el argumento *a priori* de que la acción de daños protege siempre mejor la posición del acreedor que la acción de petición del cómodo, y quizá sea verdad que el legislador no tuvo en cuenta que al acreedor le puede interesar más el cómodo que la indemnización pero, como buen planteamiento *a priori*, quiebra cuando el deudor hace una buena venta y el acreedor se interesa por el precio; o cuando la venta no es subjetivamente imputable al vendedor (porque cree de buena fe que no hubo primera compra o que ésta era nula): ¿por qué excluir que el acreedor exija el subrogado, esto es, el precio de la cosa que tenía derecho a recibir? Y aunque la venta sea subjetivamente imputable, si el precio es bueno, ¿por qué no podría optar por éste en lugar de acudir a la acción de daños? La interpretación estricta entiende

³⁶ PANTALEÓN, 1993, p. 1737, nota 62 y nota 45: en su opinión, los autores que defienden esa dicotomía (incumplimiento imputable y no imputable) no han llegado a explicar «por qué el juego del artículo 1186 CC tiene que restringirse al acreedor que no puede resolver (porque soporta el *periculum*). Acreedor éste que, en consecuencia, podrá llegar a estar mejor tratado que el que goza de la facultad de resolver por imposibilidad de la prestación que se le debe (dado que aún no soportaba el *periculum* o), incluso cuando esa imposibilidad haya sido provocada por un suceso imputable a la otra parte; lo que supone una *incongruencia valorativa insoportable*».

³⁷ LACRUZ BERDEJO, 1986, p. 634: «hemos de convenir con COLIN y CAPITANT en que la hipótesis del concurso de acciones es clásica en el procedimiento civil, y la solución de principio es que el titular de diferentes acciones tiene derecho a ejercerlas sucesivamente o a escoger entre ellas. La concesión de una acción, fundada en un concreto derecho o situación o supuesto de hecho, no impide la existencia de otra dirigida a un resultado práctico semejante o distinto, sobre base jurídica o fáctica que contempla ese mismo derecho o hecho desde otro ángulo».

que eso escapa del sentido originario del artículo 1186 CC pero deja esas preguntas sin responder y, desde luego, no cabe deducir *a contrario* que el precepto las haya excluido (esto es, que las tuvo en cuenta y las rechazó).

Castilla Barea señala que no puede compartir con Pantaleón que el artículo 1186 CC sea aplicable a los supuestos de pérdida imputable, y esgrime varios argumentos que encajan en lo que hasta aquí se ha denominado interpretación estricta (solo hay extinción si la pérdida es fortuita; si la extinción fuera imputable la obligación se perpetuaría; se añade que supondría reconocer al acreedor la posibilidad de acudir contra el deudor de su deudor, en contra del principio de relatividad de los contratos)³⁸. Pero lo cierto es que ninguna de estas razones responde a la objeción principal: debería darse al menos un motivo por el que resulte razonable que los supuestos de pérdida imputable y no imputable merezcan un trato distinto, que explique por qué las acciones resolutoria o indemnizatoria deberían excluir la acción de petición del cómodo y no entrar en concurso con ésta.

En un plano exclusivamente histórico exegético, Díez-Picazo señala que encuentra adecuada la interpretación estricta del artículo 1186 CC³⁹. Sin embargo, se plantea otras cuestiones que de hecho le alejan no poco de esa posición. Concretamente, se pregunta si el acreedor tiene a su disposición una *condictio* por intromisión (que es la manera de explicar el § 285 BGB –correlato de nuestro art. 1186 CC– por parte de la doctrina mayoritaria en Alemania), o si no debería contarse con lo que en derecho anglosajón se conoce como *account of profits*, para la restitución de la ganancia ilícita. Las dos cuestiones –sobre todo la primera– le llevan a afirmar que, probablemente, el acreedor cuenta con una pretensión para obtener el precio obtenido con la enajenación de la cosa debida, al menos en los casos en que pueda decirse que ese acreedor, que aún no es propietario de la cosa, es titular del monopolio de los rendimientos o provechos de ésta⁴⁰, esto es, siempre

³⁸ CASTILLA BAREA, 2001, p. 318. La autora reconoce que la postura de Pantaleón es coherente con que, para él, la obligación de «cumplimiento por equivalente» como indemnizatoria, no de cumplimiento como este considera.

³⁹ Díez-Picazo, 2007, p. 1608: «No hay, por consiguiente, ninguna base para trasladar a este artículo [1186 CC] el supuesto de enajenación de la cosa debida por el deudor», pues en tal caso la imposibilidad no es fortuita, «que es lo que requieren los artículos 1184 y 1186. No hay, pues base para equiparar pérdida o destrucción con enajenación voluntaria». Si la cosa se pierde de manera fortuita, la obligación se extingue por la pura lógica obligacional, al desaparecer su objeto, pero si la cosa se enajena, se ponen en marcha los remedios por incumplimiento; ¿es razonable pensar que junto a los otros remedios debería haber lugar para una acción de enriquecimiento?

⁴⁰ Díez-Picazo, 2007, pp. 1609 a 1612.

que la posición jurídica lesionada (en este caso, la del acreedor) atribuya a su titular todo el provecho de la misma.

Parece, por tanto, que hay algunos puntos de estudio que podrían ayudarnos a seguir avanzando en las preguntas que han quedado sin responder. En concreto, convendría ahondar en la función jurídica que está llamada a cumplir la entrega del cómodo, en la necesidad de guardar suficiente coherencia valorativa con las soluciones dictadas por el Código en conflictos cercanos y, finalmente, en la comprensión del cómodo como medida de reintegración del derecho del acreedor. Después deberíamos poder hacer una lectura armonizada de todo ello.

4. LA FUNCIÓN DEL DERECHO AL *COMMODUM*

Antes decíamos que el cómodo es un subrogado, lo que sustituye a la cosa, o quizá también un residuo o lo que queda de ésta. El precio de la cosa (su valor en cambio) encaja poco con la idea de residuo, pero lo hace perfectamente con la noción de sustituto o subrogado en el patrimonio del deudor: es una manera de representar la cosa y, desde luego, es algo que está ahí «por razón de la cosa». Esta idea, que se encuentra tanto en Pothier como en Larenz y originariamente se desarrolla como una manera de *compensar* al acreedor que sufre el riesgo de pérdida fortuita de la cosa, no pierde su razón de ser por el hecho de que la pérdida sea imputable, esto es, por el hecho de que sea el vendedor quien haya enajenado voluntariamente la cosa. Ciertamente, cuando la pérdida es imputable al deudor el acreedor tiene otras herramientas jurídicas que protegen su interés frente al incumplimiento, pero la idea de un «cómodo de representación» que aparece en lugar de la cosa no pierde su sentido.

Las expresiones usadas por el Código en otros lugares (fundamentalmente, la partícula «solo» en los artículos 1778 y 1897 CC) dan a entender que no se pensó en que el cómodo de negociación podía interesar más que la acción de daños. Cuando la cosa se pierde por la enajenación voluntaria del deudor realizada de buena fe (porque desconoce la primera venta, piensa razonablemente que es nula, cree que es el propietario, etc.), éste responde «solo» del precio porque de este modo *se limita* su responsabilidad. Algunos exégetas se plantearon que el precio podía ser superior al valor de mercado de la cosa y no dudaron en afirmar que debía entregarse en su totalidad, aunque superase ese valor: se protege al deudor para que no tenga que restituir por encima de lo que recibió, pero no se le reconoce un

derecho a quedarse con la diferencia positiva entre el precio y el valor. Esto guarda coherencia con la idea de que en ambos casos el precio es un subrogado que representa a la cosa debida y la función del precepto es que llegue hasta el acreedor con independencia de su relación con el daño (valor de la cosa). El precio es la medida de reintegración del derecho del acreedor, por eso no necesita imputarse subjetivamente (por culpa u objetivamente), lo que sí ocurriría de tratarse de una medida indemnizatoria o punitiva.

Pienso que este es el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC y que, por lo tanto, no está hablando ni de la absorción de la ganancia, ni de un reparto más o menos equitativo de ésta, ni de fijar un daño mínimo en favor del acreedor, sino solo de entregar aquello que «sustituye» a la cosa a aquél a quien se debió entregar ésta, *reintegrando* así el patrimonio del acreedor. La restitución de la ganancia (como beneficio obtenido de un bien ajeno) plantea un problema distinto al contemplado hasta aquí y, por lo tanto, no debe confundirse con la mera entrega del precio (como subrogado) entendido como medida de reintegración de la cosa o del derecho a recibir la cosa.

En efecto, podría ocurrir que el deudor que enajena la cosa lo haga prestando –al hacerlo– un servicio profesional, o que la transforme antes de venderla, o que la incorpore a un proceso de producción con el que se generan bienes que finalmente se comercializan, etc., todo lo cual planteará algunos problemas nuevos: ¿qué se hace con ese servicio profesional de venta, se descuenta del precio dejando así al acreedor de la cosa con el beneficio neto (no bruto)? ¿O debería dejarse el beneficio neto al vendedor/intromisor (que es, al fin y al cabo, quien tuvo la iniciativa), dejando al acreedor con el valor de la cosa (la medida del daño)? ¿Debería descontarse del precio lo que le ha costado transformar la cosa? Y si ésta se incorpora a un proceso productivo, ¿debería separarse la parte de precio que corresponda a lo que la cosa aporta al producto o servicio que finalmente se comercializa? O bien, ¿debería restituirse el precio sin derecho alguno por parte del deudor, esto es, dejando la ganancia bruta al acreedor? Estas cuestiones –de indudable interés– plantean conflictos que requieren respuestas, pero éstas no se encuentran en la idea de un «cómodo de negociación» (ganancia por la venta de la cosa debida). La posible restitución de la ganancia plantea un problema aparte; el artículo 1186 CC habla del subrogado (lo que entra en lugar del bien), no de la ganancia (lo que se obtiene gracias al uso comercial o empresarial del bien). La lógica del subrogado es la de sustitución de «cosa por cosa», y *cuando hay un precio por medio el ordenamiento jurídico se sirve de una simplificación prác-*

tica: el precio tasa la medida de reintegración de la cosa. Si el precio se ha obtenido mediante la prestación de un servicio profesional parece legítimo plantear si el valor de ese servicio debería «descontarse» del mismo; pero si el supuesto es algo más complejo y la cosa se incorpora a un proceso productivo en que se obtiene una ganancia, preguntarse por la restitución del valor de uso del bien, de la ganancia, etc., nos introduce en la problemática más compleja de restitución de la ganancia ilícita. Veamos ahora si la función integradora a la que me he referido como propia de la obligación de entrega del cómodo es la que desempeña éste en otras previsiones del Código, como los artículos 1778 y 1897 CC. La lectura de estos preceptos junto al artículo 1186 CC plantea la necesidad de enjuiciar de modo coherente las ventas de cosa ajena y de cosa debida.

5. LA NECESIDAD DE COHERENCIA VALORATIVA

Se trata, por lo tanto, de procurar que haya suficiente coherencia con otras soluciones previstas en el Código. Sabemos que algunos preceptos (artículos 1778 y 1897 CC) conceden el cómodo de negociación (el precio) en supuestos de venta de cosa ajena de buena fe por parte del disponente: el heredero del depositario que enajena cosa que debe restituir al depositante y el *accipiens* que enajena cosa que debe restituir al *solvens* se liberan entregando el precio o la acción para cobrarlo. Ahora bien, si A vende cosa cierta a B y, antes de entregarla, vuelve a venderla a C y se la entrega a éste (que resulta protegido en su adquisición), parece que B deberá conformarse con la resolución y la indemnización de daños, y que no podrá pretender el precio que A obtuvo en la segunda venta⁴¹; pero si se ve el precio como un subrogado o representante de la cosa, parece razonable que nos preguntemos si esa hipótesis se encuentra al amparo del art. 1186 CC. Para ello habría que superar la interpretación estricta, que exige que el acreedor soporte el riesgo de pérdida fortuita de la cosa, lo que aquí no ocurre porque la pérdida es imputable a hecho propio del deudor (que podría ser o no culpable). Para valorarlo, se trae a consideración la solución prevista en los dos preceptos mencionados para sendas disposiciones de buena fe de cosa ajena: si el depositante o el *solvens* tienen derecho al cómodo, ¿resulta razonable que no lo tenga el contratante que no recibe la cosa porque ha sido enajenada a un tercero? Parece claro que no se trata de señalar sin más que se trata de

⁴¹ CARRASCO, 1988, p. 143.

supuestos diferentes, lo que resulta obvio, sino de juzgar si resulta sensato que se conceda el cómodo en unos casos y en otros no. Tampoco parece suficiente con afirmar que aquellos constituyen supuestos que han merecido un tratamiento *ad hoc*, como si no estuvieran relacionados con el resto del ordenamiento.

Podría intentarse encontrar la respuesta en el hecho de que el depositante, el *solvens* o el titular del bien en la venta de cosa ajena sean (generalmente) propietarios de la cosa, en tanto el acreedor de cosa cierta no lo es hasta que la reciba, por mucho que tenga derecho a sus rendimientos (*ex art. 1095 CC*). ¿Por qué no ver en ese dato un argumento para que el derecho de crédito del (mero) acreedor (no propietario) no alcance al *commodum ex negotiatione*? Como se ha dicho desde el comienzo, el *commodum* se relaciona con el *periculum* (riesgo de pérdida fortuita de la cosa), que puede ser o no del propietario (no lo es en el supuesto paradigmático de la compraventa romana). Por otra parte, parece razonable afirmar que es muy probable que para el codificador el *solvens* deja de ser propietario de la cosa entregada (contando con que lo fuera al entregar), porque el *accipiens* de buena fe hace suyo lo recibido al concurrir el modo (la entrega) y el título (aunque *putativo*, suficiente para hacerle propietario)⁴². Sea como fuere, la solución del Código debería ser la misma con independencia del sistema de transmisión de la propiedad por el que hubiera optado, pues parece claro que deberían ser el depositante y el *solvens* quienes corran con el riesgo de que la cosa se enajene por un precio inferior al valor de mercado del bien, al menos cuando ambos –heredero del depositante y *accipiens*– sean de buena fe.

Volvamos al acreedor de cosa cierta. Si no es posible acudir a la analogía *legis* con los preceptos mencionados, ni acudir a la analogía *iuris* para inducir alguna regla que sirva como respuesta general (a partir de los principios que rigen la transmisión de la propiedad), la solución que se proponga al supuesto no regulado debería guardar al menos una cierta coherencia con ellos. Los preceptos conceden el cómodo en supuestos en los que un deudor de cosa cierta dispone de ella de buena fe, esto es, creyendo estar legitimado para hacerlo; la interpretación que hemos llamado estricta del artículo 1186 CC niega el cómodo si la pérdida es debida a hecho propio del deudor, esto es, si no es fortuita⁴³. La cuestión es: ¿hasta

⁴² RODRÍGUEZ-ROSADO, 2004, pp. 1049 y ss.. El autor pone de relieve que, muy probablemente, el legislador histórico sí tuvo en cuenta el título putativo, aunque le parece que no es conveniente seguir manteniendo esa postura hoy (pp. 1096 a 1099).

⁴³ BADOSA, 1993-1, p. 258. Sobre el concepto de «culpa-hecho propio» de este autor, véase Díez-PICAZO, 1993, pp. 652 y 653.

qué punto son ambas afirmaciones compatibles dentro de un mismo sistema coherente?

El artículo 1778 CC da una regla contractual, pues el heredero del depositario sucede a éste en el contrato y, cuando por hecho propio enajena el bien que cree propio, incumple en la relación contractual con el depositante. El precepto viene por tanto a limitar la responsabilidad contractual del heredero que ha incumplido por hecho propio pero que, dadas las circunstancias, es razonable que no responda más allá del precio obtenido. Esas circunstancias son su buena fe y el carácter gratuito del contrato de depósito⁴⁴. Ahora bien, si el depósito no es gratuito, o si el heredero sabe o debió saber que enajenaba un bien que no era de su causante, parece claro que el «límite» no debería favorecer al heredero del depositario. Entonces, si el «límite» es un «beneficio» del depositario que no merece en todos los casos, ¿por qué no debería el depositante poder optar por el «cómodo/precio» también en los casos en los que no merezca esa protección? Si el precio le parece suficiente, o desea evitar los problemas típicos de la resolución o la indemnización, ¿por qué no debería poder pedir el precio apoyándose en el artículo 1778 CC? Dicho de otro modo, ¿es que la entrega del cómodo deja de cumplir su función típica por el hecho de que el incumplimiento sea imputable?

El artículo 1897 CC plantea un supuesto que no es contractual; no hay ningún contrato o relación obligatoria que ligue al *solvens* con el *accipiens*. Si éste conserva aún la cosa que recibió de aquél, la cuestión se salda con la *condictio indebiti* por la que se restituye lo recibido. Una de las posibles complicaciones se presenta precisamente cuando el *accipiens* enajena la cosa de buena fe. En ese caso, la limitación de la responsabilidad del *accipiens* se explica por el principio de indemnidad: ni tiene título para enriquecerse, ni debe salir perjudicado por tener que restituir lo que recibió, de manera que restituirá en la medida en que quede «indemne»⁴⁵. Esta idea se cumple tanto si entrega la cosa (deducidos en su caso los gastos de manutención, conservación, etc.; compensables con los provechos que hubiese obtenido del bien) como si entrega aquello que llegó a su patrimonio en su lugar. La entrega del precio encaja perfectamente en esta lógica del principio de indemnidad.

En este caso el *accipiens* ha dispuesto de la cosa que recibió, de manera que el pago inicial realizado «por error» se combina con una disposición de cosa ajena, que es un supuesto típico de intromisión. Todo *solvens* tiene derecho a recuperar la cosa con la *con-*

⁴⁴ PANTALEÓN, 1991, p. 1057.

⁴⁵ BASOZABAL, 2010, pp. 2042 y 2043.

dictio indebiti (que es una de las *condictiones* de prestación), pero este *solvens* exige la restitución de lo que el *accipiens* ha obtenido por intromisión, por haber enajenado la cosa. Con la *condictio* por intromisión se le permite reintegrar su derecho con la entrega del «valor usurpado»; sin embargo en este caso se le da derecho a lo que el *accipiens* haya obtenido con la venta, guardando así coherencia con el principio de indemnidad. La lógica es por tanto la de reintegrar el patrimonio del *solvens* en la medida del enriquecimiento experimentado por el *accipiens* y, tal y como se ha propuesto, el precio es, como punto de partida, la medida de reintegración del bien. Por otra parte, si el *accipiens* es de mala fe, el *solvens* contará con otras acciones contra él. El artículo 1896 CC no menciona la restitución del precio para el caso de disposición indebida por parte del *accipiens* de mala fe, pero no resulta fácil encontrar un solo motivo para negar al *solvens* el derecho al precio (junto a los otros remedios).

Vemos por tanto que el *solvens* puede acceder al precio obtenido por el *accipiens* de buena fe; y lo mismo el depositante con el precio que obtenga el heredero del depositario que dispone de buena fe. Y que en ambos casos resulta difícil responder por qué no deberían poder contar con esa misma ayuda cuando el *accipiens* o el heredero del depositante no sean de buena fe. Y si hemos llegado hasta aquí, es difícil negar el cómodo al contratante cumplidor, cuando el incumplidor haya obtenido un precio por la cosa, incumpliendo así por hecho propio y, previsiblemente, de mala fe. El cómodo es la medida de reintegración del patrimonio del acreedor y el precio un mero subrogado de la cosa.

5.1 EL CASO FRANCÉS

En la doctrina alemana, Boosfeld relata un conflicto similar de búsqueda de coherencia valorativa en el Derecho francés⁴⁶. Compara el supuesto de disposición de cosa ajena sin relación previa entre propietario y disponente (para el que la Corte de Casación había dispuesto desde 1931, al amparo de la interpretación del artículo 2277 *Code*⁴⁷, que el propietario debe quedarse con «el valor» y el disponente con la ganancia neta, decisión que había

⁴⁶ BOOSFELD, 2015, pp. 15 y ss

⁴⁷ Art. 2277 *Code civil*: «Cuando el poseedor actual de la cosa robada o perdida la hubiese comprado en una feria o mercado, o en el marco de una venta pública, o a un comerciante dedicado a la venta de cosas de esa naturaleza, el propietario original tan solo podrá reclamar que se le restituya previo reembolso al poseedor del precio que le hubiese costado».

merecido importantes críticas por parte de la doctrina, especialmente de Savatier, Aubry y Rau, Capitant o Lauriol) y el supuesto del artículo 1380 *Code* (paralelo a nuestro 1897 CC, en el que el *accipiens* de buena fe enajena la cosa entregada por el *solvens* y queda obligado a entregar a éste el precio o la acción para hacerlo efectivo). Algunos exégetas –como Demolombe o Demogue– se habían planteado qué ocurriría si el bien se enajena por un precio superior a su valor y concluían que el precio debía entregarse siempre íntegro, fuese mayor o menor que el valor; precisamente, la idea de Pothier es la de reconocer un derecho sobre aquello que entra en lugar de la cosa, con independencia de su valor, pues nunca se perjudica al enriquecido por retirarle lo que no tenía derecho a recibir⁴⁸. Claro que la previsión del *Code* (como en el caso español) es para el *accipiens* de buena fe; la responsabilidad del *accipiens* de mala fe (en el artículo 1378 *Code*, paralelo a nuestro 1896) no alude a la restitución del precio por disposición, pero Demolombe concluía que en este caso el *solvens* debería tener derecho a optar por el precio si así lo prefiere, y ni la doctrina ni la jurisprudencia han refutado esta opinión. De manera que en el supuesto ordinario de disposición de cosa ajena el propietario no tiene derecho al precio que obtenga el disponente, pero el *solvens* sí puede pedir el precio al *accipiens* disponente, sea o no de buena fe. Esto parece difícil de aceptar, pues en el primer caso el disponente es un mero «intromisor» que no parece necesitar (ni merecer) mayor protección; por el contrario, el *accipiens* de buena fe sí es merecedor de unas normas que protegen su derecho a salir indemne, esto es, a no salir mal parado por haber recibido un enriquecimiento impuesto causado (presumiblemente) por la culpa del *solvens*: ¿por qué el *solvens* está mejor protegido que el propietario?

Lo cierto es que la respuesta que Boosfeld encuentra entre los autores franceses es poco consistente: el trato diferente se justifica por la diferente relación jurídica que existe entre los interesados antes de la disposición. Para que esté justificada la restitución de la ganancia (como acabo de exponer, en mi opinión el artículo que en sede de cobro de lo indebido hace referencia al precio se refiere a un subrogado, no a una ganancia en sentido técnico) hace falta una relación previa entre los implicados, de manera que es la cercanía o especial relación de confianza existente entre los contratantes la que justifica la especial protección que se manifiesta, para el caso de rup-

El arrendador que reivindique, en virtud del artículo 2332, los bienes muebles desplazados sin su consentimiento y que hubiesen sido comprados en las condiciones ya indicadas, deberá asimismo reembolsar al comprador el precio que le hubiesen costado».

⁴⁸ BOOSFELD, 2015, p. 22. La protección del derecho se realiza a través de su reintegración. En lugar de la *condictio indebiti* entra en juego la acción para obtener el precio.

tura, en la restitución de la ganancia. La relación entre *solvens* y *accipiens* no es contractual, pero algunos autores encuentran una cierta analogía con la relación contractual que justifica que en este caso se deba el precio. Por el contrario, parece obvio que entre el que dispone de cosa ajena y su propietario no existe ninguna relación previa y, por lo tanto, tampoco una especial necesidad de protección.

No me parece defendible que sea el tipo de relación entre *solvens* y *accipiens* lo que justifique la restitución del precio, ni que la justicia de esa medida dependa de que en efecto exista una cierta relación de confianza entre ellos, similar a la que se presupone (lo que ya es mucho presuponer) entre los contratantes. Y aunque el argumento de la «especial relación de confianza» podría usarse para defender la restitución del cómodo en las relaciones entre contratantes, entiendo que tampoco debería utilizarse en ese contexto pues me resulta patente que no es esa la *ratio* por la que se restituye el precio en los preceptos que lo disponen. La «confianza» que hace falta para justificar *la restitución de la ganancia entre contratantes* no es la mera existencia de un contrato (menos aún un cuasicontrato), sino la existencia de un deber contractual de no concurrir (artículos 1683 CC o 227.2 LSC). Estos preceptos sí se refieren a la ganancia, no al cómodo, pero en el contexto de contratos o relaciones jurídicas que imponen obligaciones de no concurrir⁴⁹. Por ese mismo motivo, la *ratio* que justifica la restitución del precio en el artículo 1897 CC es la misma que justifica la restitución del precio (no del valor, ni de la ganancia) en los supuestos de disposición de cosa ajena: la reintegración del derecho usurpado, también del derecho del acreedor a que se le entregue la cosa. No hay ningún motivo para hacer restituir la ganancia por la confianza que se aprecie o presuma entre los interesados. Ahora bien, este ejemplo de búsqueda de coherencia entre las diferentes respuestas dispersas a lo largo del Código por parte de Boosfeld resulta harto significativo.

5.2 LA VENTA DE COSA AJENA

La solución prevista para el *solvens* o el depositante debería encajar con la solución prevista para la venta de cosa ajena: ¿qué

⁴⁹ CLEMENTE MEORO, 2000, p. 177: «Sin embargo, no cabe traer aquí [al artículo 1186 CC] a colación determinados preceptos del Código Civil y del Código de Comercio que sancionan con la pérdida de las ganancias obtenidas al deudor que incumple mediante llevar a cabo en interés propio la prestación prometida»; y tras citar los artículos 1683 CC y 136, 138, 288, 613 CCom, concluye que «no cabe traerlos aquí a colación en cuanto es opinión general que tales preceptos tienen como fundamento el incumplimiento del deber de no competencia». Sobre esos preceptos, véase CARRASCO, 1988, pp. 137 y 138. PANTALEÓN, 1993, p. 1737. PAZ-ARES, 1993, pp. 1421 a 1423.

puede pedir el dueño al disponente? En efecto, con independencia de la acción de daños, la venta de cosa ajena genera para el titular del bien una *condictio* por intromisión: ¿cuál es su alcance? Hace algunos años, en el intento de construir la *condictio* por disposición de cosa ajena para nuestro ordenamiento, me parecieron convincentes las siguientes ideas: «¿Qué es lo que debe restituir al propietario de los materiales quien los haya vendido como propios? Como posibles objetos de restitución pueden citarse el precio (lo recibido a cambio), el valor (se entiende, valor objetivo o de mercado), el precio con el límite mínimo del valor, el valor con el límite máximo del precio, alguna de estas medidas en función de la buena o mala fe del enajenante... ¿Cuál es la decisión que adopta el Código?»⁵⁰. Ciertamente, no parece haber argumento dogmático alguno para tratar de distinta manera el supuesto de disposición frente a los supuestos de consumo o incorporación de cosa ajena, luego la solución sería «el valor objetivo o de mercado» del bien. «Sin embargo –añadía–, los problemas para aceptar que la solución contenida en el artículo 360 CC [el valor] pueda ser también aplicable en los supuestos de enajenación de cosa ajena derivan de su compatibilidad con otras previsiones legales que expresamente la contemplan en sus respectivos supuestos de hecho»⁵¹. Como se ve, también aquí se ponía de relieve la importancia de lograr cierta coherencia valorativa con otras previsiones del Código. Y se traían a consideración un buen número de artículos del Código civil (artículos 1897 y 1778 CC, desde luego, pero también los artículos 197, 812, 978. III y IV; 645 y 650; 1136-3.^a y 1185 CC). En muchos de ellos «el precio» se comporta como un auténtico subrogado de la cosa⁵² (lo que corresponde a la experiencia habitual de que el precio *es* el valor de la cosa), y «se prefiere como medida restitutoria porque simplifica enormemente la operación de determinación del valor del bien enajenado: digamos que tasa formalmente dicho valor o que *liquida en abstracto el enriquecimiento restituible*. Ya indicamos que en principio no hay motivos dogmáticos para distinguir entre la incorporación, consumo o enajenación, pero en este último supuesto existen poderosas razones de tipo práctico por las

⁵⁰ BASOZABAL, 1998, pp. 294 y ss

⁵¹ BASOZABAL, 1998, p. 295.

⁵² Esta identificación de la cosa con el precio resulta especialmente significativa en el tratamiento de las obligaciones alternativas: el artículo 1136-3.^a CC dice que cuando «las cosas se hubieren perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio», lo que supone un supuesto legal en el que el precio sustituye a la cosa que se pierde por culpa del deudor (fuera, por tanto, del ámbito de las pérdidas fortuitas). Parece discrepar el artículo 645 CC, que hace restituir «el valor (no el precio), si el donatario los hubiese vendido», en el contexto de la revocación de la donación, que es el prototipo de la disposición sin precio.

que preferir el precio, (...) evitamos la averiguación del que hubiese sido precio hipotético de la enajenación»⁵³.

Ciertamente, la exigencia de coherencia dentro del sistema obliga a desear que las soluciones propuestas para ciertos casos sean compatibles y armonizables con las que reciben otros. En el supuesto de hecho «disposición de cosa ajena», el Código echa mano del precio como medida de reintegración de la cosa como práctica habitual. Esto corrobora el que se trate de una medida de reintegración, no punitiva (absorción de la ganancia), ni resarcitoria (aunque fuera de un daño mínimo, abstracto u objetivo), que requerirían algún grado de imputación subjetiva, y tampoco de devolución de lo previamente entregado (por causa que no existe, que desaparece, que no llega a existir aunque estuviese prevista, o que es ilícita), que sería el cometido de la *condictio* por prestación. Ahora bien, ¿son estas reflexiones válidas para el acreedor de cosa cierta que no la recibe porque el deudor la ha enajenado a otro? ¿debería contar el acreedor con una *condictio* por intromisión?

6. LA *CONDICTIO* POR INTROMISIÓN EN EL DERECHO DE CONTRATOS: LA VENTA DE COSA DEBIDA AL ACREEDOR

Para Díez-Picazo, uno de los asuntos principales en torno al artículo 1186 CC estaría relacionado con el «contenido de atribución» del derecho de crédito del acreedor; se trataría de decidir si «la llamada *condictio* de intromisión puede aplicarse en los casos de vulneración o violación del derecho de crédito y, en especial, en el caso de incumplimiento de las obligaciones de dar cosa cierta y determinada»; en definitiva, decidir si en caso de incumplimiento el acreedor debería poder acudir, al menos en algunos casos, junto a la acción de daños, también a una acción de enriquecimiento injustificado⁵⁴.

Cuando la imposibilidad de cumplir se presenta en el contexto contractual, la pérdida fortuita extingue la obligación de entregar pero plantea un problema de incumplimiento, o mejor, de distribución del riesgo de la operación, que el Código conoce y resuelve cuando trata del asunto en cada contrato en particular. Cuando la pérdida es fortuita y el riesgo está asignado al comprador, éste tendrá que entregar el precio a pesar de no recibir la cosa y, como el deudor no ha sido culposo en el incumplimiento, no tendrá derecho

⁵³ BASOZABAL, 1998, pp. 296 y 297.

⁵⁴ Díez-PICAZO, 2007, p. 1603.

de indemnización frente a él; tendrá derecho, sin embargo, a que le entregue el *commodum*. Cuando el vendedor enajena la cosa voluntariamente a un segundo comprador, por tratarse de un incumplimiento imputable, al acreedor le corresponden la pretensión de cumplimiento (que tendrá sentido o viabilidad si el deudor está aún en condiciones de recuperar la cosa debida y entregarla) o la resolución, junto a la indemnización que cubra el interés positivo (dentro del que habrá que considerar el valor de la cosa debida); la cuestión es: ¿tiene además de manera general un derecho a la entrega del cómodo (en este caso, precio), como cuando la pérdida es fortuita? ¿Se podría decir que ya hay suficiente protección con las otras acciones y que esa medida es superflua? Pero entonces, ¿cómo justificar que unas veces esté ahí, a disposición del acreedor, y otras no? Le interesará cuando el precio sea superior al daño (valor de la cosa), cuando haya dificultades para la prueba de la culpa (hipótesis desafortunadamente extraña en nuestro ordenamiento por la facilidad con que se aprecia ésta), etc., pero, ¿es esto suficiente para reconocer esa pretensión como medida general de protección del crédito?

Díez-Picazo se plantea si esa doble venta podría considerarse, no solo un supuesto de incumplimiento, sino de intromisión (del vendedor) en el derecho del acreedor «a la cosa». Si la enajenación vulnera una posición jurídica del acreedor que atribuye a éste el monopolio de las utilidades que estén ligadas a dicha posición (lo que podría apoyarse en el artículo 1095 CC en cuanto al disfrute del bien), el acreedor podría pretender que su derecho de crédito le atribuye la cosa o, en su defecto, aquello que la representa o sustituye, el «cómodo de representación». Este «subrogado» podría ser tanto la indemnización que recibe el deudor⁵⁵, como el justiprecio del expropiante o la suma debida por la aseguradora y, en su caso, el precio que se ha pagado por la cosa o «cómodo de negociación» (o en su caso, las acciones para exigirlos). Finalmente, también considera la doctrina anglosajona sobre la posibilidad de absorber la ganancia obtenida con el incumplimiento en determinados supuestos en los que la conducta del contratante que incumple y se enriquece resulta especialmente reprochable.

En este contexto, el autor afirma que «la pregunta categórica que hay que hacerse es qué lógica tiene condenar a todo contratante incumplidor a la restitución de los beneficios obtenidos con el incumplimiento y si la tiene hacerlo sólo en el caso del deudor de

⁵⁵ Sobre los problemas para entender por qué al acreedor no le basta con el resarcimiento del daño que el tercero le ha causado directamente, sin necesidad de acudir a las acciones que el deudor tuviera contra éste, véase CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 139 y ss.

cosa cierta y determinada, porque, enseguida habría que cuestionarse qué privilegio puede adornar al acreedor de cosa cierta y determinada para utilizar un remedio del que los demás no pueden disponer». La cuestión queda abierta, pues parece que habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido de atribución del derecho de crédito para determinar si alcanza al «cómodo de representación» (que es algo distinto del provecho o uso del bien), de manera que pueda reclamarse el precio o lo obtenido por la disposición. Le parece que esto es así en el caso del acreedor de cosa determinada, no así en otros supuestos de derecho de crédito⁵⁶.

Ahora bien, ¿debería considerarse justificado que el acreedor de cosa cierta reciba un tratamiento singular o privilegiado respecto a otros acreedores? Ciertamente, hay ejemplos históricos de que el acreedor de cosa cierta ha merecido un *status* singular. En el medievo, la protección del comprador de cosa cierta llevó a la «construcción» del llamado *ius ad rem*, cuya vocación era dar mayor protección al derecho a la entrega de la cosa ampliando el círculo de personas frente a las cuales resultase eficaz, de manera que fuera ejercitable no solo frente al deudor sino también frente a terceros⁵⁷. En nuestro caso, se trata de reconocer que al acreedor de cosa cierta se le atribuye el derecho al «cómodo de representación», entre cuyas manifestaciones se encuentra el precio por disposición indebida del deudor. Si la segunda venta constituye un caso de intromisión en la posición del acreedor (primer comprador), la concesión del cómodo sería el modo de reintegrar el derecho usurpado (un derecho de crédito a la entrega de la cosa). El precio sustituye a la cosa y se convierte en la medida de reintegración del derecho del acreedor. La diferencia entre unos derechos de crédito y otros estaría justificada por su propio contenido de atribución; que los derechos tengan un alcance de atribución diferente parece una característica propia de nuestro sistema. Otra cosa es que en ocasiones no sea fácil determinar los contornos de la atribución, como tendremos oportunidad de comprobar. Pero, ¿qué supone conceder a algunos acreedores la *condictio* por intromisión?

Si dividimos las acciones de enriquecimiento entre aquellas que «revierten» ciertos desplazamientos que se realizan para *cumplir* en una relación obligatoria o de generarla (*condictio* de prestación), aquellas que resuelven el conflicto generado por cosas que se unen y no pueden desunirse sin grave perjuicio para alguno de los implicados (*condictio* por impensas), y aquellas que reintegran algunos derechos proporcionando a su titular, *a posteriori*, lo que

⁵⁶ Díez-PICAZO, 2007, p. 1614.

⁵⁷ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2004, pp. 1008 y 1009.

el ordenamiento jurídico le atribuye y fue usurpado por el intrusor (*condictio* por intromisión)⁵⁸, la acción para solicitar el cómodo se comporta como una *condictio* por intromisión que reintegra el patrimonio del acreedor con el subrogado que la cosa ha dejado en el patrimonio del deudor. No se trata por tanto de una *condictio indebiti* para la restitución de lo entregado, que tiene en cuenta la buena o mala fe del *accipiens*, sino de una *condictio* por intromisión que es, en principio, insensible a la buena o mala fe del intrusor (aunque la mala fe de éste plantee como cuestión ulterior si debería restituir la ganancia más allá de la medida de reintegración del derecho usurpado). La pretensión es de reintegración por intromisión, no de restitución de lo entregado por error, inexistencia o desaparición de la causa. Esta reflexión podría resultar algo sorprendente a quienes pretenden entender aún todas las acciones de enriquecimiento injustificado como versiones diferentes de una misma acción común. Sin embargo, es un planteamiento coherente con las mejores aportaciones al Derecho de enriquecimiento injustificado de los últimos treinta años⁵⁹.

En Derecho alemán, el contenido del § 285 BGB –ciertamente similar a nuestro 1186 CC– no ha impedido que la inmensa mayoría de autores se pronuncie a favor de la restitución del *commodum ex negotiatione*. Pero tampoco es un asunto del todo pacífico⁶⁰. Considero que el tratamiento del problema en Alemania merece un estudio aparte, por lo que me remito aquí a lo que de éste resulte. En Derecho español, los principales argumentos para entender que el contenido de atribución del acreedor de cosa cierta alcanza a su precio serían, por una parte, la combinación de los arts. 1095 (atribución del monopolio de las utilidades) y 1186 CC y, por otra, el engarce de esa atribución dentro de la doctrina del riesgo pues, como hemos visto desde el principio, la doctrina del cómodo arranca precisamente de la necesidad de *compensar* el riesgo de uno de los contratantes; se trata además de una solución coherente con otras decisiones tomadas por el Código (principalmente, arts. 1778, 1897 CC). Si el acreedor corre con el riesgo de perder la cosa (no por ser el propietario, pero sí el adjudicatario de todas las utilidades desde que nace la obligación de entregar la cosa), debería tener también atribuido el cómodo de representación, incluido el precio de la cosa. Es el tratamiento legal de la posición del acreedor de

⁵⁸ Sobre la evolución histórica del modelo alemán y su tipología, véase JANSEN, 2016-1, pp. 112 a 233; 2016-2, pp. 124 y ss. Sobre la formación de los tipos de acciones de enriquecimiento injustificado en general, véase Díez-PICAZO, 1988, pp. 94 y ss. BASOZABAL, 1998, pp. 35 y ss.

⁵⁹ BASOZABAL, 2019, pp. 99 a 167, especialmente pp. 157 y ss.

⁶⁰ EMMERICH, 1997, p. 103; 2007, § 285, Rn. 22 y ss. LARENZ, 1987, p. 309.

cosa cierta el que hace que el supuesto de incumplimiento pueda ser también considerado como de intromisión y que, por lo tanto, merezca la protección de la *condictio* por intromisión, que alcanza al cómodo de negociación como medida de reintegración de aquel derecho. ¿Ocurre esto mismo con el derecho de crédito de otros acreedores?

7. EL *COMMODUM* EN CASOS DISTINTOS A LA VENTA DE COSA DEBIDA

Concluyo con ejemplos que nos ayuden a comprobar si la doctrina del «contenido de atribución» ayuda a explicar otros supuestos, distintos al de entrega de cosa cierta: ¿Qué otros acreedores que no lo sean a la propiedad de una cosa cierta podrían pretender una protección similar? Como hemos visto, aquí encontramos al *solvens* (sea o no propietario), al depositante que sea además propietario de la cosa depositada y, en general, al titular del derecho real del que se haya dispuesto sin su consentimiento. Pero, ¿qué ocurre, por ejemplo, con el arrendatario, el titular de un derecho de crédito al goce de la cosa? Parece claro que si un tercero ocupa la vivienda arrendada, será el arrendatario, como titular del derecho de goce directo usurpado, quien tenga a su disposición la *condictio* por intromisión, con la que obtendrá el valor de uso del bien usurpado⁶¹. Compliquemos un poco el supuesto: si en la doble venta el primer comprador tiene derecho al cómodo representado por el precio de la segunda venta, por haber dispuesto el vendedor de aquello que el ordenamiento atribuye al primer comprador, ¿qué ocurre en un caso de doble arrendamiento? Pensemos que el arrendador A alquila una vivienda al arrendatario B. Pasa un tiempo sin que B necesite usar la vivienda y, cuando finalmente solicita su entrega, se encuentra con que A se la ha arrendado a un segundo arrendatario C, que le paga más. ¿Podría B exigir de A –a cambio de cumplir su propia contraprestación– las rentas pagadas por C como cómodo de negociación? Ya que no le puede entregar el uso de la cosa, que le entregue lo que en su patrimonio representa ese uso, la renta que cobra por él. Desde luego, el primer contrato concede a B el «monopolio» de uso de la cosa (en los términos pactados frente a A, y de manera excluyente frente a cualquier otro) y podría considerarse que tanto A como C han usurpado ese uso, uno disponiendo de él, el otro apropiándose. Por lo tanto, tiene senti-

⁶¹ Hasta aquí se trataría simplemente de considerar si un derecho de crédito sobre el goce de una cosa cuenta con la protección de la *condictio*: véase BASOZABAL, 1998, p. 129.

do conceder el cómodo a B, si se acepta que es el titular del monopolio de uso de la cosa. Tener derecho al cómodo no le impide, si lo prefiere, acudir a la acción de daño por incumplimiento contra A o a la *condictio* por intromisión contra C.

Algo más difícil es el supuesto en el que A alquila por un año un apartamento amueblado a B, y como éste apenas hace uso del mismo, vuelve a arrendarlo a C por los meses en los que sabe que B no estará y por una renta superior a la que paga éste y a la renta de mercado. La pregunta es si B puede exigir de A que le entregue el cómodo de negociación del segundo arrendamiento, esto es, las rentas abonadas por C. Es más difícil, porque podría haber mayor dificultad para ver la usurpación de A, o por pensar que solo hay usurpación si B hubiera podido subarrendar. Si se admite que para que exista usurpación (en el uso del bien) no es necesario que se haya impedido a B gozar *de hecho* del bien, ni que éste estuviese legitimado para subarrendar, parece claro que la solución sería la misma que en el caso anterior: B tiene derecho al cómodo porque tiene el monopolio de uso de la cosa, y éste le ha sido usurpado. También podría acudir a la *condictio* por intromisión contra C, o a la acción de daños contra A. En este segundo ejemplo es más difícil ver que el segundo arrendamiento «impide» al arrendador cumplir en el primero, pero es la manera de ser consecuentes con que el uso de la cosa estuviese atribuido a B en exclusiva y sin restricciones; es la imposibilidad de cumplir –si C posee la cosa es imposible que A esté cumpliendo frente a B– la que pone en marcha el mecanismo de sustitución propio del cómodo⁶².

Otra cosa es que A pretenda que consiguió esas rentas superiores de C gracias a la prestación de un servicio que tiene un valor de mercado; pero esto es algo que habría que analizar para determinar el alcance de la responsabilidad: una vez establecido el deber de entregar el cómodo, resulta legítimo plantearse cuándo el deudor debería poder alegar que se detraigan determinados gastos (por ejemplo, los «necesarios» para la obtención del cómodo).

Ahora bien, cuando es el arrendatario B el que subarrienda a C, estando dicha posibilidad prohibida por el contrato entre arrendador (A) y arrendatario (B), no es posible apreciar la usurpación de la facultad de uso (que está atribuida a B), ni de la facultad de subarrendar, que no existe (no hay una *reserva* de dicha facultad por

⁶² Para un caso de arrendamiento doble singular en el que el uso cedido al primer arrendatario era distinto al que se concedió al segundo arrendatario, son partidarios de conceder el derecho al cómodo en todo caso, EMMERICH, 2018, § 285, Rn. 25; y CASPERS, 2014, §§ 255-304, § 285, Rn. 47. Y son partidarios de concederlo solo si el arrendatario tenía la facultad de subarrendar: MEDICUS/LORENZ, 2015, Rn. 424, p. 193; y BENICKE y GREBE, 2014, § 285, Rn. 74.

parte de A), luego las rentas del subarriendo no podrían constituir el cómodo que A puede exigir de B por haber subarrendado. Hay, sin embargo, autores que defienden que B debería entregar a A el mayor precio (renta) que hubiese tenido que pagar por un contrato en el que se le hubiese permitido subarrendar⁶³. El caso no es fácil, tampoco desde la perspectiva indemnizatoria, pues no está claro que A pueda alegar un daño mínimo medido por la diferencia entre las rentas de C y B pues, por definición, A ha cobrado lo estipulado y no hubiera podido volver a arrendar el bien estando aún vigente el arrendamiento inicial; además, en toda idea de daño mínimo (objetivo o abstracto) late un componente punitivo, y aunque en el caso no habría problema para imputarlo subjetivamente, resulta extraño en el ámbito del Derecho privado, porque éste es un mal instrumento para desarrollar esa función. Otra cosa es interpretar el contrato de arrendamiento con prohibición de subarrendar en el sentido de que el arrendatario no puede pretender *sacar provecho de la violación de la cláusula*, por lo que el único modo de hacerla eficaz sería obligarle a entregar al arrendador lo obtenido contraviniendo la misma. Es una posibilidad de interpretación integradora del contrato que, por su contenido penal, debería estar claramente expresada para poder prosperar⁶⁴. Finalmente, podría querer verse que la renta de C es el cómodo que representa el valor de goce directo del bien, que es precisamente lo que A puede pedir a B; el problema es que ellos mismos han valorado ese goce y le han puesto un precio: ¿por qué iba a poder A exigir de B no ya la renta que pactó con él, sino la que B pactó con C?

Este era exactamente el caso de la STS de 29 octubre 2015 (RJ 20154944, Arroyo Fiestas). La arrendadora de un local cobraba 700 euros mensuales por su alquiler en un contrato en el que se había pactado una prohibición de ceder, subarrendar o traspasar el local sin autorización de aquélla. Violando la prohibición, la arrendataria alquiló el local a una empresa en un contrato en el que se hacía pasar por propietaria y cobraba una renta de 4200 euros mensuales. Al advertirlo, el arrendador resolvió el contrato, alquiló el bien directamente a la empresa (por la cantidad que ésta pagaba a la arrendataria) y demandó a la arrendataria el reintegro de las cantidades cobradas por ésta en contra de la prohibición contractual (la diferencia entre lo que ella pagaba a la arrendadora y recibía de la

⁶³ LORENZ, 2007, § 816, Rn. 7. Sobre ello, BASOZABAL, 1998, pp. 146 y ss., que se posiciona en contra.

⁶⁴ PANTALEÓN entiende que es esa precisamente la función que cumplen algunos preceptos que determinan la restitución de la ganancia: «Otra cosa es lo que resulta de la interpretación integradora de los concretos contratos: como la que el legislador nos ha ahorrado el trabajo de realizar, para las distintas obligaciones de no competir, en los artículos 1683 CC y 136. II, 138, 288. II y 613 CCom» (1993, p. 1737).

subarrendataria). La demanda se estimó en primera instancia. La AP entendió que no se daba uno de los requisitos de la acción de enriquecimiento injustificado, concretamente la correlación entre el enriquecimiento de la arrendataria y el empobrecimiento del arrendador. Finalmente, el TS estimó el recurso y dio la razón a la demandante, con la tesis de que las rentas obtenidas por la arrendataria «sin duda alguna deberían haber sido cobradas por los verdaderos propietarios», «por lo que se produjo un empobrecimiento consistente en el lucro frustrado o *lucrum cesans*»: la arrendataria había actuado antijurídicamente y al margen del contrato «pues cedió el local en una condición (propietaria) que no tenía» y, como consecuencia, «disfrutó de un notable enriquecimiento mientras que al privar del uso del local a la demandante provocó en éste un evidente menoscabo patrimonial, frustrando el lucro al que legítimamente podía aspirar».

Ciertamente, es un caso «de libro» para la doctrina alemana, que se plantea si procede la *condictio* por intromisión en favor del arrendador, cuestión que examiné con cierto detenimiento en otro lugar⁶⁵. Entonces me pareció adecuado concluir que «el supuesto de hecho enjuiciado carece de contenido usurpatorio como tal; se trata de un mero incumplimiento contractual (...), la disposición ilícita del arrendatario no usurpa la facultad de disposición sobre el goce sino que viola el pacto existente sobre la misma»⁶⁶. En efecto, aunque es lógico que el arrendatario pague más por contratar con posibilidad de subarrendar (esto es, por contar con una facultad de goce más amplia), si esa facultad se prohíbe *tampoco queda reservada al propietario*, que por definición no podrá «re-arrendar». El propietario puede pactar la prohibición, e incluso hacer depender de ello el contrato, pero no tiene una «facultad de subarrendar» independiente de los términos en los que haya pactado la cesión de la facultad de uso: es una modalidad de ésta que, en su caso, puede encarecer su precio.

⁶⁵ BASOZABAL, 1998, pp. 147 y ss.: ¿Puede el arrendatario exigir compensación cuando la facultad de subarrendar, prohibida en el contrato, ha sido indebidamente utilizada por el arrendatario? ESSER y WEYERS responden que no, pues el propietario recibiría dos veces el valor de goce, y el incumplimiento no justifica que pueda sumar como daño el fruto del subarriendo (salvo que el contrato o una disposición legal de carácter punitivo así lo impusieran); el subarriendo prohibido no protagoniza un supuesto de usurpación sino una forma «ilícita» (en el caso) de disfrute. KOPPENSTEINER y KRAMER niegan también la *condictio* por intromisión, ya que el arrendador no hubiera podido volver a alquilar. Es LIEB quien propone que lo que debe restituirse al propietario no es el «segundo goce» del inmueble, sino el goce o uso de la «facultad de subarrendar». Así, para KÖNIG lo que podría pedirse en este caso es la restitución del incremento de renta que hubiera experimentado el contrato de arrendamiento de haberse permitido al arrendatario subarrendar. Solución esta a la que también se suma CANARIS (todas las referencias bibliográficas en el lugar citado).

⁶⁶ BASOZABAL, 1998, p. 147.

Vendrell estudia el caso con pormenor y pone de relieve las dificultades para una recta comprensión del asunto⁶⁷: «El TS concluye (...) que A (arrendador) habría sufrido un empobrecimiento, «*dado el lucro cierto que dejó de percibir*». Sucede, no obstante, que la cuestión dista de ser tan clara», (...) pues «parece evidente que, en el caso, A no experimentó ninguna frustración de un lucro. El único lucro que podría esperar A, lo recibe; y es discutible que el eventual lucro derivado de las ganancias del ilícito contractual en el que incurre B (arrendatario) corresponda a A en la medida en que A ha atribuido el derecho de uso del local a B, de manera que, con independencia de si se ha pactado la prohibición de subarrendar o no, por el mero contrato de arrendamiento habría excluido la posibilidad de obtener esos rendimientos derivados de un subarriendo. Aunque no puede descartarse que, en la medida en que la facultad de subarrendar no fue atribuida al arrendatario, los rendimientos derivados de su ejercicio puede considerarse que pertenecen al contenido de atribución reconocido normativamente al propietario»⁶⁸. Añade que «la aproximación que impone la lógica de la *condictio* por intromisión obliga a discutir tal conclusión [la condena a B a restituir a A las rentas que había cobrado de C]: si esta acción tiene una mera función reintegradora de la lesión en la posición dotada de contenido de atribución, el objeto de la pretensión restitutoria debería limitarse al precio por el cual el titular de esa posición hubiera razonablemente autorizado el uso litigioso, esto es y en el caso que nos ocupa, la renta hipotética que el arrendador hubiese pactado con el subarrendatario»⁶⁹. Tampoco resulta claro si la sentencia tuvo en cuenta –para adoptar su decisión– el que la actuación de la arrendataria fuese de mala fe. Finalmente, el autor defiende que podía haberse encontrado una solución a las cuestiones difíciles del caso en la configuración de la *condictio* por intromisión, que la propia jurisprudencia del TS ha utilizado en otros casos.

Alfaro comenta brevemente la misma sentencia y se muestra de acuerdo con la conclusión a la que llega el TS, pero de su explicación no cabe deducir que el fundamento de la restitución se encuentre en el «enriquecimiento injusto», como principio general o doctrina jurisprudencial, sino en el mismo contrato: «*Esta cláusula del*

⁶⁷ VENDRELL, 2017, pp. 292 y ss

⁶⁸ VENDRELL, 2017, pp. 291 y 292. Pienso que, frente al arrendatario, el arrendador no puede pretender haber cedido el derecho de uso y, a la vez, haberse reservado la facultad de subarriendo: al ceder el uso con prohibición de subarrendar desaparece la facultad legítima de subarrendar *para ambos*.

⁶⁹ VENDRELL, 2017, p. 293. Más bien, entiendo por mi parte, pero siguiendo su razonamiento, que se trataría del precio que el arrendador hubiera podido obtener del arrendatario por ceder también la facultad de subarriendo.

contrato refleja la voluntad de las partes de que cualquier oportunidad de utilizar el local por parte de cualquier tercero que no fuera la arrendataria «era» del arrendador, no de la arrendataria. El arrendador, como propietario, tiene derecho a todos los rendimientos que produzca el local salvo los que hubiera cedido –a cambio de la renta– a través del contrato de arrendamiento». La conclusión a la que llega el TS de que hay enriquecimiento injusto es correcta «porque los rendimientos que pudiera generar el local correspondían al arrendador excepto los cedidos (el uso) *en virtud del contrato de arrendamiento* a la arrendataria, lo que no incluía, en ningún caso, la renta que pudiera pagar cualquier tercero si el contrato de arrendamiento prohibía el subarriendo»⁷⁰. No se trata de que el arrendatario haya usurpado la facultad de subarriendo, ni de que el subarrendatario haya usurpado una facultad al propietario (puesto que éste ya había dispuesto en favor de otro); el fundamento de la restitución reside en el contrato: es éste, con su prohibición de subarrendar, el que hace que las rentas obtenidas mediante violación de la cláusula sean entregadas al contratante burlado. Si los contratantes han atribuido esa ganancia al propietario, el hecho de que el arrendatario las haya hecho propias viola el pacto de no concurrencia y la situación se corrige con su restitución; pero para ello hace falta una interpretación integradora del contrato según la cual la ganancia del subarriendo se ha atribuido al propietario.

García Rubio analiza todas las opiniones anteriores y concluye que sí hay enriquecimiento sin causa de la arrendataria, aunque entiende que «no en la medida «de la diferencia entre las rentas percibidas por la propiedad y las obtenidas por la demandada» como consideró el Tribunal Supremo, sino porque durante el tiempo que cobró las rentas del subarriendo pagó al propietario la misma renta de su contrato de arrendamiento y no el 20% más, que es el alcance en el que el artículo 32.2 LAU⁷¹ valora el precio de disfrute de la posibilidad de subarriendo total, que fue lo único que ilegítimamente usurpó y debería haber sido obligada a restituir»⁷². La autora entiende que la propia Ley de arrendamientos urbanos pone un precio a la facultad de subarrendar, que sería la que ha sido

⁷⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, 2016.

⁷¹ Artículo 32 LAU. Cesión del contrato y subarriendo.

1. Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador.

2. El arrendador tiene derecho a una elevación de renta del 10 por 100 de la renta en vigor en el caso de producirse un subarriendo parcial, y del 20 en el caso de producirse la cesión del contrato o el subarriendo total de la finca arrendada.

⁷² GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 252 a 255. Con la misma opinión FARIÑA FARIÑA, 2016, p. 227.

usurpada por la arrendataria. Sin embargo, el derecho a elevar la renta en caso de subarriendo reconocido por esa norma depende precisamente *de que exista el derecho a subarrendar* (que es lo que presume el artículo 32.1 LAU); esto es, que si existe derecho a subarrendar por parte del arrendatario (por contrato o por ley), el arrendador tendrá a su vez el derecho a elevar la renta (artículos 32.1 y 2 LAU). Ahora bien, si se ha prohibido subarrendar, no hay derecho a hacerlo ni tiene sentido ponerle un precio a esa facultad.

Se podría querer que la medida fijada por la ley para valorar cuantitativamente la facultad de subarrendar sea un «daño mínimo» causado al arrendador, de manera que el arrendatario que viole la prohibición deba indemnizar al menos en esa medida. Pero al legislador que quisiera imponer un «daño mínimo» o introducir modos de facilitar la prueba de la existencia del daño se le debería pedir, al menos, que lo haga de manera expresa. Que la ley ponga un precio a la facultad de subarrendar locales para uso distinto del de vivienda no permite deducir que, siempre que el contrato prohiba el subarriendo, el arrendatario que viole la cláusula debería indemnizar, al menos, con aquel importe. Esta lectura se encuentra lejos de lo que permite el tenor del artículo y, por otra parte, tampoco evitaría que el arrendatario especule a costa del arrendador (si es esa la finalidad que se perseguía con la medida).

Aún podríamos plantearnos que, si la renta de C representa el valor de goce del bien, A debería poder exigirlo de B porque es lo que le ha cedido. Pero nos encontramos con serios obstáculos para hacerlo: en primer lugar, porque A y B *ya han fijado entre ellos el precio de ese goce*. Además, B no ha dejado de pagar el valor de uso de la cosa en los términos pactados luego, aunque haya incumplimiento en el modo de usar el bien (como cuando uno mete un perro en la vivienda alquilada con prohibición de introducir animales), no se percibe el motivo por el que la renta de C debería sustituir a la de B, pues éste no ha dejado de pagar a A. Por todo ello, no parece justificable introducir al arrendador entre los acreedores del artículo 1186 CC que podrían pedir, como subrogado de lo pactado entre las partes («renta» del primer contrato), el valor de goce pactado con un tercero («renta» del segundo contrato). *Lege ferenda* podría considerarse la oportunidad de que B entregue las rentas de C a A, pero no porque se trate de un supuesto de entrega del *commodum ex negotiatione* del artículo 1186 CC⁷³, sino por «inter-

⁷³ En cuanto a la pretensión al cómodo del art. 1186 CC, creo que después de lo que llevamos estudiado sobre éste habría que negar al arrendador el derecho al mismo, pues ha dispuesto de una facultad de la que está recibiendo el precio estipulado en el contrato. Como hay incumplimiento en el modo de gozar la cosa, se activarán los otros remedios por incumplimiento, pero al no poder apreciarse usurpación de facultad alguna que el arrenda-

pretación integradora del contrato», o por constituir un supuesto de restitución de la ganancia ilícita que, por ahora, el legislador ha reservado a la regulación específica de la acción de daños en las leyes de protección intelectual e industrial (los artículos 140 TRLPI, 66 LP y 43 LM permiten que la indemnización se fije teniendo en cuenta «las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita»), y en el Código civil al incumplimiento de la obligación de no concurrir entre socio y sociedad (artículo 1683 CC).

Otro supuesto que enlaza precisamente con esta última referencia a las leyes especiales de protección de las propiedades inmateriales es el ofrecido por el retraso en la entrega de una cosa cierta, cuando el deudor la «retiene» por un tiempo antes de entregarla. Era el supuesto de la STS 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3210): La vendedora de unas naves se había retrasado en su entrega. La compradora demandante pedía como daño indemnizable la renta de uso de las naves desde que debieron entregarse hasta que fueron entregadas. El TS estimó la demanda y, de manera significativa, apoya su fundamentación (sin que llegue a constituir *ratio decidendi*) en los preceptos de las leyes de Patentes y Marcas que, dentro de la acción indemnizatoria, permiten que el daño se mida acudiendo a la licencia que hubiera debido otorgarse para legitimar la intromisión, esto es, en preceptos que permiten computar el daño con soluciones propias del Derecho de enriquecimiento. Las dificultades para el éxito de la acción indemnizatoria venían de que el comprador demandante no había probado que fuese a alquilar las naves, ni siquiera las había usado desde que las recibió. El TS menciona la *condictio* por intromisión, que en el caso no hubiera tenido problemas teóricos para prosperar porque el comprador se había hecho propietario de las naves gracias a la escritura pública de compraventa, de manera que el vendedor había poseído bienes ajenos mientras duró el retraso. Si omitimos este último detalle, nos preguntamos si el acreedor a la entrega de cosa cierta (todavía no propietario) hubiera podido ejercitar la *condictio* por intromisión o el derecho al *commodum* por el uso no entregado. Si lo que hacen los artículos 1095 y 1186 CC es otorgar a ese acreedor el monopolio de las utilidades de la cosa, bien los frutos de ésta, bien el valor que en el patrimonio del deudor la represente o sustituya, ¿podría el acreedor de cosa cierta exigir el valor de uso de la cosa desde que

dor haya conservado, o de la que éste hubiera podido disponer, no se genera la *condictio* por intromisión y, por lo tanto, no hay derecho al cómodo de representación. Esto encaja con la solución de los autores que explican el cómodo como un supuesto singular de aplicación de la *condictio* por intromisión.

nace la obligación de entregarla, esto es, desde que se le atribuye el monopolio de los rendimientos de la misma? ¿no sería darle la misma protección que al titular de un derecho absoluto (que al propietario)? ¿es ese el alcance de los artículos 1095 y 1186 CC?

Pongamos que el vendedor de unas naves retrasa dos meses la entrega de éstas porque ha conseguido alquilarlas en buenas condiciones durante ese tiempo. El comprador no puede probar que hubiese necesitado esos inmuebles para arrendarlos o para usarlos por sí mismo; ¿podría exigir el *commodum* que representa el uso que el vendedor debió entregar, esto es, las rentas que ha cobrado? Si la respuesta es afirmativa, ¿podría exigirse también la renta de mercado cuando el vendedor se retrasa dos meses en la entrega de las naves y las sigue usando para sí? Y si el deudor incumple pero sin usar las cosas para sí ni para otro, ¿podría exigir el acreedor esa misma renta de uso como *commodum*? En definitiva, ¿le protegemos como si fuera el propietario del bien, aunque solo sea el acreedor a su entrega para hacerse propietario?

La idea choca con que, en nuestro ordenamiento, el retraso en la entrega de deuda dineraria no genera un derecho a los intereses por la mera productividad del dinero, sino el derecho a ser indemnizado (según la medida del daño tasada en el artículo 1108 CC) cuando el deudor incurre en mora. Si el acreedor de dinero no tiene derecho al interés por el mero retraso en la entrega, resulta difícil aceptar que el acreedor de cosa cierta pueda pedir la renta de uso por el tiempo que dure el retraso. La manera de superar este inconveniente la ofrece, una vez más, la idea de «intromisión/usurpación», que proporciona el criterio para distinguir cuándo un «mero» acreedor (no propietario ni titular de un derecho absoluto) resulta protegido con el derecho al *commodum*. El vendedor que retrasa la entrega y usurpa el uso de las naves, para sí o para otro, esto es, el que además de incumplir se aprovecha de aquello que debió entregar, deberá al comprador el valor que represente ese uso, esto es, el comprador podrá exigirle el *commodum*; por el contrario, el mero incumplimiento por retraso en la entrega que no suponga además una intromisión en el uso de las naves no otorgará ningún derecho al cómodo, tampoco cuando el vendedor incurra en mora. Lo relevante será que protagonice una intromisión/usurpación: no se entrega para especular con el valor de uso del bien o para seguir disfrutando de él. El valor de esa intromisión sí se encuentra atribuido al comprador *ex* artículos 1095 y 1186 CC.

Aún podríamos preguntarnos por la relación entre el *commodum* y las obligaciones de hacer, que para buena parte de la doctrina hay que entender comprendidas por la norma (artículo 1186 CC). Si la

prestación de un hacer se ha hecho imposible porque un tercero impide cumplir al deudor (lo lesiona, lo retiene, etc.), parece claro que los dos contratantes podrán acudir contra el tercero, cada cual para pedir la reparación del daño que esa acción (culpable o dolosa) haya causado, y también que lo que recibe el deudor del tercero (como indemnización) no sustituye lo que el acreedor tenía derecho a recibir del deudor. Resulta difícil pensar en un solo caso en que el deudor quede liberado y a la vez resulte acreedor de una indemnización que «represente» la prestación omitida.

Para el caso de un hacer que se encuentre asegurado, Clemente Meoro defiende que el acreedor de una prestación de servicio infungible que deviene imposible podría pedir las acciones que el deudor tuviera contra terceros en virtud de esa imposibilidad. Así, «al empresario teatral le puede interesar subrogarse en la indemnización por razón del seguro contratado por el cantante que pierde la voz tanto si ha asumido el *periculum obligationis* como si –y es muy probable– su interés contractual es superior al caché del artista»⁷⁴. Pero no es fácil aceptar que el pago de la aseguradora esté «sustituyendo» a la acción que no se pudo prestar (el concierto vocal), esto es, que lo recibido por haber asegurado la voz «sustituya» la prestación comprometida. En cualquier caso, habría que atender al tipo de contrato de seguro. En el seguro de accidente (por robo, incendio, etc.), el beneficiario recibe un pago en sustitución de la cosa perdida en el siniestro; desde esta perspectiva puede decirse que la aseguradora entrega «algo» que sustituye o representa el bien perdido. Cuando se llegue a la conclusión de que el contrato que asegura la voz del cantante se ha configurado como un seguro de accidente «por concierto cancelado» (lo que no sé hasta qué punto resulta una hipótesis plausible), parece que podría concederse al acreedor la posibilidad de exigir el cómodo a cambio de la prestación debida⁷⁵. Si se trata de un seguro de responsabilidad para cubrir los daños que eventualmente se deriven de una cancelación, lo asegurado es el nacimiento de una deuda indemnizatoria,

⁷⁴ CLEMENTE MEORO, 2000, pp. 148 y 149.

⁷⁵ ROCA JUAN, 1976, p. 543. No se pone en duda que la acción del deudor asegurador de la cosa debida y perdida es una de las que engrosa el cómodo que el acreedor podría recibir de él. Pero el autor deja entrever que el supuesto, nada sencillo, plantea su propia complicación, pues señala: «Cuestión aparte sería el derecho del deudor a reintegrarse del importe de las primas del seguro satisfechas por él, como consecuencia de que el valor que la indemnización representa y sustituye a la cosa, procede de un negocio a su costa». No hay que olvidar que lo que sustituye a la cosa es la «indemnización» recibida, de la que no deberían poder detraer las primas: El acreedor recibirá como «subrogado» lo que se haya asegurado: mucho, poco o nada; lo recibirá como sustituto de la cosa asegurada y, en principio, sin considerar las primas como «gastos necesarios» para obtener el cómodo. SCHWARZE, 2017, p. 413: El autor se pregunta precisamente si se podrían detraer las primas y responde que no, salvo que otra cosa se desprenda del contrato.

que de ningún modo «representa» la prestación que no pudo llevarse a cabo; no habrá derecho al *commodum*.

La posibilidad de entregar el *commodum ex negotiatione* por incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer plantea una cuestión nueva: si un profesor de tenis cancela la clase con el alumno A y se la da al alumno B, que le paga más, ¿podría A solicitar, a cambio del precio pactado para su clase, la entrega del *commodum*, esto es, lo que ha pagado B? Frente a alguna opinión en la doctrina alemana⁷⁶, pienso que en este caso no es posible afirmar que el profesor «haya dispuesto de la posición contractual de A», o que la haya usurpado, como si A tuviera el monopolio de los provechos de la actividad docente de ese profesor durante la hora que le corresponde, pues parece evidente que esto no es posible, que nadie puede hacerse con el monopolio de la actividad de otro, aunque éste se hubiera comprometido con aquél. En este sentido, las prestaciones de hacer o no hacer presentan una estructura meramente personal en la que no es posible encontrar derechos absolutos o equiparados a estos sobre el comportamiento de las personas, como sí ocurre con los derechos sobre las cosas o sobre la entrega de las cosas; en tales casos no es posible encontrar una usurpación en sentido estricto, porque un hacer, aunque sea debido, no es susceptible de ser usurpado. También podría decirse que la posición jurídica del comprador (que recibe una cosa a cambio de un precio) es «fungible», y en este sentido susceptible de usurpación, en tanto la posición jurídica de quien está obligado a hacer (dar o recibir una clase) no lo es, de manera que ni puede usurparse ni puede ponerse un valor a dicha usurpación. No cabe por tanto la entrega del *commodum ex negotiatione* en el ámbito de las prestaciones de hacer o no hacer⁷⁷.

8. CONCLUSIONES

Parece llegado el momento de concluir. Todo parece indicar que, en efecto, inicialmente la *ratio* que explicaba el artículo 1186 CC era el hecho de que el *commodum* compensase el *periculum* de pérdida fortuita de la cosa. Lo que ocurre es que esta explicación deja otras muchas hipótesis sin respuesta. Una posibilidad de completar este panorama lo ofrece la idea de que el acreedor tiene derecho al

⁷⁶ SCHWARZE, 2017, p. 412.

⁷⁷ En la doctrina alemana se han planteado estas cuestiones con mayor detenimiento que entre nosotros y, también por ese motivo, me ha parecido necesario dedicar un trabajo monográfico al § 285 BGB, al que aquí me remito.

commodum siempre que el deudor haya usurpado su posición en la relación obligatoria. Esto ocurrirá cuando sea titular de un derecho absoluto o cuando lo sea de un derecho de crédito protegido por el art. 1186 CC: el acreedor de la cosa o de su uso. Para estos casos, el mencionado precepto reconoce al acreedor una pretensión que funciona como una *condictio* por intromisión: con ella reintegra su derecho a la «cosa» (o al uso de la cosa) que ya no podrá recibir. Cuando el subrogado de la cosa es algo que vale más que ésta, por ejemplo, un precio especialmente alto que supere su valor de mercado, es plenamente conforme con nuestro sistema afirmar que ese precio representa la cosa y puede ser solicitado por el primer comprador, aunque se haya obtenido «por negociación». Esta idea fracasa cuando se trata del *commodum* obtenido mediante un hacer o un no hacer: no es posible aceptar que el deudor de una prestación de hacer haya usurpado –al incumplir– la posición contractual del acreedor de ésta, como si este contratante tuviera el monopolio de lo que aquél haga y pueda pretender «sustituir» lo que obtiene por incumplir en lugar de lo que debió hacer para él, pues ni su derecho tiene ese alcance, ni lo obtenido puede considerarse un subrogado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Lecciones: enriquecimiento injusto», entrada de 27 de enero de 2016, Blog *Almacén de Derecho*.
- BADOSA COLL, Ferrán: «Comentario al artículo 1183», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 257-259.
- «Comentario al artículo 1186», en *Comentario del Código civil*, II, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 263-265.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998.
- «Comentario al artículo 1987», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por Domínguez Luelmo, Andrés), Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 2042-2043.
- «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, pp. 99-167.
- BENICKE, Christoph y GREBE, Christian: «Comentario al § 285», en *Soergel Kommentar zum BGB*, 3/2, §§ 243-304, 13.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2014.
- BOOSFELD, Katrin: *Gewinnausgleich*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2015.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Restitución de provechos (II)», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 5-151.
- CASPERS, Georg: Comentario al § 285, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, §§ 255-304, Berlin, Sellier de Gruyter, 2014.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *El acreedor de dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El «*commodum representationis*» del artículo 1186 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 601-613.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: en LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, Manuel, y DÍEZ PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 13-133.
- Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1993.
- «Commodum ex negotiatione», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 1601-1617.
- EMMERICH, Volker: *Das Recht der Leistungsstörungen*, 4.ª ed., München, Beck, 1997.
- Comentario al § 285, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, 5.ª ed., München, Beck, 2007.
- ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos: Comentario al artículo 1186, en *Comentarios al Código Civil* (dir. por BERCOVITZ, Rodrigo), 3.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2009.
- FARIÑA FARIÑA, Rebeca, «¿Las rentas cobradas por un subarriendo ilegal pueden calificarse como enriquecimiento sin causa restituible al arrendador principal?», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 2, 2016, pp. 223-227.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid, 1852).
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO, Pedro, y BASOZABAL, Xabier: *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 239-282.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Comentario al artículo 1186», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por Albaladejo, Manuel y Díaz-Alabart, Silvia), XVI-I, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1991.
- JANSEN, Nils: «Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse», *AcP* 216 (2016), pp. 112 a 233; «Farewell to Unjustified Enrichment?», *The Edinburgh Law Review* 20.2 (2016), pp. 123-148.
- LACRUZ BERDEJO Y OTROS: *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1986.
- LARENZ, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., München, Beck, 1987.
- LORENZ, Stephan: Comentario al § 816, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, §§ 812-822, Berlin, Sellier de Gruyter, 2007.
- MEDICUS, Dieter, y LORENZ, Stephan: *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 21.ª ed., München, Beck, 2015.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.ª Luisa, y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: Sentencias sobre el artículo 1186 CC, en *Jurisprudencia civil comentada* (dir. por PASQUAU LIAÑO, Miguel), II (arts. 609 a 1314), Granada, Comares, 2009.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1720-1745.
- PAZ-ARES, Cándido: Comentario al artículo 1683, en *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 1421-1423.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2.º, Barcelona, Bosch, 1976.

- ROCA JUAN, Juan: «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del Código Civil)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, II, Madrid, Tecnos, pp. 521-548.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *ADC*, 2004, pp. 1003-1104.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: Comentario al artículo 1186, en *Comentarios al Código civil* (dir. por Domínguez Luelmo, Andrés), Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1319-1320.
- SCHERMEIER, Martin: Comentario a los §§ 280-285, en *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, II/1, §§ 241-304, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- SCHWARZE, Roland: *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2.^a ed., Berlin-Boston, De Gruyter, 2017.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO, Pedro, y BASOZABAL, Xabier: *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 283-337.

La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución¹

JOSÉ MARÍA BOTELLO HERMOSA

Profesor (Ater) de Derecho Civil en la Universidad Paris-Nanterre.
Doctorando en Derecho civil

RESUMEN

La introducción del apartado e) en el artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos plantea una de las principales problemáticas a las que se enfrenta actualmente nuestro legislador en el ámbito del alquiler: la fijación de un límite jurídico claro y definido que distinga los alquileres turísticos –excluidos de la Ley de Arrendamientos Urbanos– de los tradicionales arrendamientos vacacionales –propios de esta normativa–. Con este trabajo queremos ofrecer una propuesta de solución a esta cuestión a partir de la reconfiguración del criterio de habitualidad.

PALABRAS CLAVE

Alquiler turístico, Arrendamiento vacacional, Habitualidad, Incompetencia, Profesional, consumidor y usuario, Particular, Ley de Arrendamientos Urbanos, Turismo.

¹ El contenido de este artículo forma parte del Proyecto de Tesis doctoral que actualmente realiza el autor, y se enmarca en el Grupo de Investigación SEJ617 Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado» de la Junta de Andalucía.

The importance of the frequency of occurrence criterion in defining the tourist rentals and its necessary reconfiguration. A possible approach

ABSTRACT

The insertion of the new paragraph e) in the article 5 of the Urban Renting Act introduces one of the main issues that the legislator has to face now: the establishment of a legal limit that makes the difference between tourist rentals –excluded from the Urban Renting Act– and the vocational rentals –included in the Urban Renting Act–. Thus, with this article, we intend to provide a solution to this problem through the reconfiguration of the frequency of occurrence criterion.

KEYS WORDS

Tourist rental, vacational rental, frequency of occurrence, incompetency, professional, consumer and user, individual, Urban Renting Act, tourism.

SUMARIO: 1. *Planteamiento.*–2. *La preponderancia el criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos frente a los servicios adicionales al alojamiento.*–2.1. El alquiler turístico como resultado de la exclusión expresa de los arrendamientos vacacionales de la LAU ex artículo 5 e), basado en el criterio de habitualidad fijado por las CC.AA.–2.2. La inaplicabilidad de los servicios adicionales al alojamiento como criterio diferenciador entre los alquileres turísticos y los arrendamientos vacacionales.–3. *Una propuesta de reconfiguración del criterio de habitualidad previsto en los decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico.*–3.1. Una aproximación al controvertido criterio de habitualidad establecido por las CC.AA., considerado como el origen de los alquileres turísticos.–3.2. Una propuesta de reconfiguración.–4. Conclusiones.–5. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

Con la finalidad de controlar y evitar las posibles situaciones de intrusismo y competencia desleal que se pudieran estar cometiendo a través de las cesiones de vivienda de corta duración, celebradas *a priori* entre particulares a través de plataformas digitales especializadas en la oferta turística de viviendas, el legislador español, con la reforma introducida en la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) de 1994 mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas,

concretamente con la introducción del apartado e) en el artículo 5², optó por excluir este tipo de prácticas del ámbito de aplicación de la LAU, de tal forma que, desde entonces, las cesiones temporales de viviendas, a título lucrativo, que, tradicionalmente, venían sometiéndose al ámbito de aplicación de la LAU bajo el nombre de arrendamientos vacacionales (art. 3.2), al quedar ahora excluidas de su ámbito de aplicación, han dado lugar a una nueva figura de alojamiento que sustituye a la anterior: el alquiler turístico, configurada en los diferentes Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico. Sin embargo, esta polémica exclusión³, lejos de acabar con el problema anteriormente mencionado, ha recibido enormes críticas⁴, ya que, lejos de clarificar la situación legal de estas prácticas, las ha sumido en una suerte de *limbo legal*⁵ donde no es fácil determinar el momento exacto en el que, como

² Letra e) del artículo 5 redactada por el apartado dos del artículo primero del RD Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. Las novedades que aporta esta redacción con respecto a la originaria operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, son: a) ampliación del ámbito de exclusión no solo a las viviendas comercializadas o promocionadas en canales de oferta turística, sino también a aquellas que lo sean de cualquier otra forma, y b), precisión de que la normativa sectorial a la que se deben someter es de carácter turístico, en alusión al artículo 148.1.18.º de la Constitución Española, relativo a la competencia de las CC.AA. para legislar en materia de promoción y ordenación del turismo.

³ Coincidimos con SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 123, cuando apunta que «*me parece que no me equivoco si afirmo que el caldo de cultivo del problema surge con la modificación operada en la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley 4/2013 (...), [concretizando en el] nuevo apartado (letra e) en el art. 5 LAU. (...)*». GONZÁLEZ CARRASCO, CESCO, 2013, p. 181, reflexiona que «*en definitiva, creemos que ese es el objetivo de la norma, esto es, propiciar una normativa autonómica sectorial que a través de la obligatoriedad de declaración y regulación de dichos arrendamientos, excluya la aplicación de las normas de la LAU. (...) ¿Para qué? ¿Para proteger de forma más eficaz al turista? (...) ¿Para beneficiar al lobby hotelero en contra de la libertad contractual, entendida por el Preámbulo como «competencia desleal»? (...) «¿Qué medidas piensa adoptar el Gobierno para luchar contra el fraude en los alquileres de apartamentos en destinos turísticos?» (...) En definitiva, la justificación de la exclusión del art. 5, (...) no es sino un paso más hacia el pase por caja obligatoria de los arrendamientos de viviendas vacacionales celebrados entre particulares a través de normas autonómicas dictadas por las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. No creemos que la medida favorezca la flexibilización ni el fomento de este mercado de alquileres, hasta ahora zona franca pero eficaz como incentivo a la compra de viviendas en destinos vacacionales*». Como apunta MAGRO SERVET, 2013b, no son pocas las voces que asocian la inclusión de este nuevo apartado e) al artículo de la LAU al patrocinio de la industria hotelera, que veía en los alquileres de apartamentos por cortos períodos de tiempo una especie de competencia desleal de la mano de un gasto mínimo de los arrendadores que utilizaban potentes canales de difusión por las redes sociales o por internet para ofertar los inmuebles para alquilarlos en temporadas, y en los que hacían y hacen una dura competencia a la industria hotelera.

⁴ CARRASCO PERERA, 2012, CESCO, pp. 119 y 120, critica profundamente dicha reforma y la valora negativamente, calificándola como «*una reforma innecesaria e inoportuna*», un «*capricho del Gobierno [que] no responde a ninguna necesidad real, a ninguna laguna advertida en la aplicación de la ley de 1994*», en la que «*se suceden modificaciones puntuales arbitrarias en las que se adivina que todo responde a un superficial jeu d'esprit de reforma por la pura reforma, de ocupación ociosa de la atención del legislador y del pueblo en nimiedades que son indignas de las miserias del momento*».

⁵ SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 124; DELGADO TRUYOLS, 2017, p. 3.

así pretende el legislador, se produce su exclusión de la LAU y la correspondiente sumisión a la normativa autonómica, o, en otras palabras, el momento exacto en el que una determinada cesión temporal del uso de una vivienda, a título lucrativo, deja de calificarse como un arrendamiento vacacional y da lugar a la nueva figura del alquiler turístico⁶.

En efecto, con la introducción del apartado e) en el art. 5 de la LAU, se dificulta enormemente la identificación del ámbito normativo aplicable a las cesiones temporales del uso de viviendas, celebradas entre particulares a título lucrativo a través de plataformas digitales (como son, a título de ejemplo, los arrendamientos de vivienda a través de Airbnb), las cuales, en base a una serie de criterios confusos establecidos en el apartado e)⁷, son susceptibles de quedar sometidas a dos ámbitos jurídicos diferentes, que, aunque próximos, presentan consecuencias jurídicas muy distintas como, entre otras, las relativas a la fijación de la fianza⁸, el subarrendamiento⁹ o la adquisición preferente¹⁰, generándose, consecuentemente, un clima de incertidumbre¹¹ e inseguridad jurídica¹² que

⁶ Sobre la imprecisión de este apartado, CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1207, critica que «el legislador no establece con claridad cuáles son los arrendamientos que quedan excluidos de la normativa civil ni ofrece ningún concepto de los requisitos exigidos para que opere la exclusión». OTERO COBOS, 2019, p. 342, «resulta difícil extraer un concepto inequívoco, más allá del propio ofrecido por la LAU al excluirlas de su regulación. La imprecisión en unos casos y el exceso de restricciones para el ejercicio de la actividad en otros genera confusión en la relación privada de los contratantes».

⁷ MELLADO RUIZ, 2019, p.313, «el problema es que las mencionadas notas no aparecen definidas con claridad ni en la propia LAU ni en las correspondientes normas autonómicas. Ello impide discernir con claridad cuando nos encontramos ante un arrendamiento de temporada (sometido, por tanto, a la normativa civil) y cuando ante un auténtico alquiler turístico sometido a las estrictas condiciones impuestas por la regulación administrativa».

⁸ Para los arrendamientos vacacionales, el artículo 36 de la LAU determina la obligatoriedad del depósito de una fianza de 2 mensualidades de la renta en un registro de la CC.AA. ex artículo 36 de la LAU, cuyo incumplimiento puede ser origen de resolución del contrato. Por el contrario, si la relación jurídica es calificada como un alquiler turístico, las partes podrán determinar libremente si desean o no establecerla, así como el contenido de esta.

⁹ En el caso de los arrendamientos vacacionales, el subarrendamiento es imperativo que se comunique (ex art. 32. 4) fehacientemente al arrendador en el plazo de un mes desde que se hubiera concertado, mientras que, en los alquileres turísticos, se estará a lo estipulado por las partes.

¹⁰ En los arrendamientos vacacionales, salvo que se estipule lo contrario en el contrato, el arrendatario gozará del derecho de adquisición preferente sobre la finca ex artículo 31 LAU.

¹¹ DE LA ENCARNACIÓN VARGARCEL, *REALA*, 2016, pp. 35 y 38, comenta que «el primero de los problemas a los que se enfrenta esta nueva modalidad de alojamiento vacacional es su encuadre jurídico», e llega a señalar una «ausencia de normativa en cuanto al alojamiento colaborativo [que] no se limita a nuestro país». Por su parte, OTERO COBOS, 2019, p. 339, responsabiliza a esta modificación de la LAU «de la proliferación de normas que intentan regular la transformación vivida en el mercado como consecuencia de la comercialización de viviendas de uso turístico».

¹² En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1203, señala que la reforma genera «desconcierto e incertidumbre entre los propietarios de alojamientos privados que dudan acerca de si la modificación del artículo 5 LAU conlleva la cercenación de su dere-

impide el correcto abordaje jurídico¹³ de estas prácticas. En este sentido, cualquier cesión temporal del uso de una vivienda, a título lucrativo, celebrada entre particulares a través de cualquier medio de promoción turística (ej. una plataforma digital), que, tradicionalmente, se ha visto sometida al ámbito de aplicación de la LAU bajo el título de arrendamiento vacacional, actualmente, sin embargo, en caso de reunir los criterios establecidos en el apartado e) del art. 5 LAU, se entenderá excluida de la misma y quedará sometida, en su lugar, a lo dispuesto en la normativa autonómica de turismo bajo una nueva figura de alojamiento, que, en este caso, es la del alquiler turístico, con las consecuencias jurídicas que, como así hemos indicado, de ello se derivan. Justamente, en base al apartado e) del art. 5 de la LAU, actualmente, una cesión del uso temporal de una vivienda a título lucrativo puede ser calificada jurídicamente de dos formas diferentes: 1) como un arrendamiento vacacional (art. 3.2 LAU), que es la figura tradicional mediante la cual se han configurado jurídicamente este tipo de arrendamientos de corta duración»¹⁴, o, en su lugar, puede ser calificada jurídicamente como 2) un alquiler turístico, y esto debido a, como así desarrollaremos en el punto II, la exclusión expresa de la LAU que se ha realizado, precisamente, sobre aquellos arrendamientos vacacionales que reúnan los requisitos expuestos en el mencionado apartado e). A mayor abundamiento, advertimos al lector que, con la finalidad de disminuir el clima de confusión reinante sobre el ámbito normativo aplicable a estas prácticas, avivado, en gran medida, por la diversidad terminológica con la que tanto la doctrina¹⁵ como los propios legisladores autonómicos¹⁶ se refieren a las figuras jurídicas que, de las mismas, se pueden derivar, en este artículo usaremos, consecuentemente, los mismos nombres en todo momento para referenciarlas, sin hacer uso de sinónimos ni de con-

cho a seguir alquilando sus pisos y apartamentos por temporadas para uso vacacional bajo el amparo de la LAU»

¹³ En esta línea, SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 148.

¹⁴ Cuyo régimen jurídico queda fijado imperativamente en los Títulos I y IV de la LAU, lo acordado entre las partes y, en su defecto, por lo expuesto en el Título III de los arrendamientos para usos distintos del de vivienda (excepto los arts. 32, 33 y 34, vinculados a los arrendamientos de local de negocio»), así como, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

¹⁵ Entre otros, ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, habla de *viviendas particulares de uso turístico*; MARTÍNEZ-NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, hacen referencia al alquiler turístico vacacional; DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 17, por su parte, evoca el *alquiler de alojamientos colaborativos*, GÓMEZ PERALS y ÁLVARES MOLEIRO, 2016, usan el de *alquiler vacacional*; DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, 2016, en nuestros mismos términos, utiliza el de alquiler turístico.

¹⁶ A título de ejemplo, podemos observar como hacen referencia a la misma realidad a través del término *viviendas de uso turístico* en Madrid, Cataluña y Aragón, o como *viviendas con fines turísticos* en Andalucía, *viviendas turísticas* en Valencia, o de una forma distinta en Canarias, *viviendas vacacionales*, y Murcia, *alojamientos vacacionales*.

ceptos alternativos¹⁷. Así, por un lado, proponemos el uso del término *arrendamientos/s vacacional/es*¹⁸, cuando las cesiones temporales de viviendas queden sometidas, consecuentemente, a la Ley, precisamente, de Arrendamientos urbanos, y por el otro lado, el término *alquiler/es turístico/s*¹⁹ cuando las cesiones temporales queden sometidas a los Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico. En esta línea, creemos que, para realizar un análisis jurídico preciso y sólido sobre esta cuestión, que resalte la repercusión jurídico-práctica de estas líneas, es imperativo distinguir, sin ningún tipo de ambigüedades, desde una perspectiva conceptual, cuándo hacemos referencia a un *arrendamiento vacacional* y cuándo un *alquiler turístico*, puesto que, desde una perspectiva jurídica, posteriormente, su correcta diferenciación conlleva importantes consecuencias que van desde su delimitación con respecto a figuras afines (como veremos, posteriormente, en el caso de los contratos de hospedaje), a la configuración de la condición jurídica de las partes del contrato –particulares/no profesionales en los *arrendamientos vacacionales*, y empresarios/profesionales y consumidores y usuarios en los *alquileres turísticos*–, con la consiguiente imposición de una serie de requisitos turísticos puramente administrativos –que no servicios complementarios o añadidos al alojamiento–, propios de profesionales que desarrollan de forma habitual la actividad del alojamiento, transformándola en turística, y la consiguiente aplicación de la normativa de consumo. En esta línea, entre otros, el grupo de trabajo del Gobierno de España ya propuesto la necesaria concreción de una definición única de vivienda de uso turístico²⁰.

En este contexto, donde un simple arrendamiento de vivienda, celebrado entre particulares, por un corto período, puede verse sometido a dos ámbitos normativos, totalmente diferenciados²¹,

¹⁷ En este sentido, GÓMEZ PERALS y ÁLVARES MOLEIRO, 2016, sostienen que «*el problema surge ya desde la propia terminología por la variedad de expresión es con significado aparentemente coincidente al de «alquiler vacacional»: «los apartamentos vacacionales», «los apartamentos turísticos», «las viviendas vacacionales» o «las viviendas turísticas de corta duración». Todos son sinónimos que se refieren al objeto de nuestro estudio. Lógicamente esta imprecisión terminológica es reflejo de una indefinición conceptual.*».

¹⁸ El uso de la cursiva es nuestra. Con ella pretendemos reflejar la relevancia de esta figura en el presente artículo, además de precisar su diferencia con respecto a la otra figura jurídica con la que tiende a confundirse, el *alquiler turístico*.

¹⁹ El uso de la cursiva es nuestra. Con ella pretendemos reflejar la relevancia de esta figura en el presente artículo, además de precisar su diferencia con la otra figura jurídica con la que tiende a confundirse, el *arrendamiento vacacional*.

²⁰ <https://www.libremercado.com/2018-09-25/las-comunidades-de-vecinos-podran-vetar-las-viviendas-turisticas-por-mayoria-simple-1276625453/>

²¹ En este sentido, dispone, entre otros, FELUI AMENGUAL, 2014, p. 179, que «*la LAU 4/2013, aun cuando en su art. 5.e) recoge en su redactado y por primera vez como excluido de la misma el Arrendamiento Turístico y con remisión expresa al régimen específico derivado de su*

representados por dos figuras jurídicas cuya frontera presenta una difícil delimitación²² –*arrendamiento vacacional y alquiler turístico*–, y todo ello en base a los criterios confusos que contiene el mencionado apartado e), del artículo 5 LAU, se plantea la problemática jurídica que trataremos de resolver en este artículo: ¿Cómo se identifica cuándo una cesión temporal de una vivienda, a cambio de un precio, realizada a través de canales de oferta turística (como puede ser una plataforma digital), debe ser calificada como un arrendamiento vacacional (sometido a la LAU), y cuándo, por el contrario, como un alquiler turístico (excluido de la LAU)? O, planteado desde otra perspectiva, ¿En qué momento la condición jurídica de un arrendador particular que, en principio, cede ocasionalmente su vivienda a cambio de un precio, debe entenderse modificada por la de un profesional o empresario y, por lo tanto, serle de aplicación, además de los requisitos turísticos establecidos en los Decretos autonómicos, el Derecho de consumo? Es decir, ¿En qué momento se entiende que una actividad económica de alojamiento deja de realizarse de una forma ocasional o no habitual ni profesional y se hace de forma habitual o profesional?

Así las cosas, mediante la realización de este artículo, pretendemos ofrecer al legislador cuáles son, en nuestra opinión, las pautas y los elementos jurídicos que deben valorarse para encontrar una solución a la incertidumbre jurídica en la que se encuentra la figura del *alquiler turístico*. De este modo, a continuación, trataremos de exponer por qué creemos que la respuesta a la problemática planteada, a nuestro juicio, se encuentra en el criterio de habitualidad fijado, actualmente, en la normativa autonómica sobre viviendas de uso turístico, un elemento a partir del cual pensamos que se excluye el *arrendamiento vacacional* del ámbito de aplicación de la LAU y se origina, con ello, el *alquiler turístico* (2). Así, a través de la reconfiguración y delimitación del mencionado criterio de habitualidad, creemos que se establecería, con claridad y sin ningún género de dudas, a nivel estatal y en concordancia con las recomendaciones ofrecidas por la Unión Europea (en adelante, UE) a este respecto, la solución jurídica a esta situación (3).

normativa sectorial, esto es, la Legislación Turística Autonómica, no por ello cabe deducir que ha imposibilitado «de iure» el que se puedan seguir formalizando los denominados Contratos de Temporada».

²² En el mismo sentido, CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 1201, considera que «la dificultad principal surge en el momento de fijar cuándo debe otorgarse al alquiler de un alojamiento privado la calificación de “turístico” y cuando de arrendamiento de temporada». Por su parte, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 155, apunta que «la cuestión es determinar qué tipo de contrato es el que están regulando las normativas autonómicas y cuál es el contenido de la regulación que debe ceñirse a aspectos de ordenación turística».

2. LA PREPONDERANCIA DEL CRITERIO DE HABITUALIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS ALQUILERES TURÍSTICOS FRENTE AL CRITERIO DE LOS SERVICIOS ADICIONALES AL ALOJAMIENTO

En este apartado trataremos de exponer por qué, en nuestra opinión, el criterio de habitualidad²³ empleado por los legisladores autonómicos en los distintos Decretos turísticos, es el instrumento jurídico que fija el final de los *arrendamientos vacacionales* y el consiguiente inicio de los *alquileres turísticos*, así como, consecuentemente, el elemento a partir del cual tienen lugar los dos elementos que la caracterizan: la condición jurídica de las partes (profesionales o empresarios y turistas-consumidores y usuarios); y el ofrecimiento de una serie de servicios puramente turísticos o accesorios al alojamiento.

Por ello, a continuación, trataremos de exponer, por qué, a nuestro juicio, la figura del *alquiler turístico* trae causa en la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la propia LAU *ex* artículo 5, apartado e) (2.1), y, concretamente, en el criterio de habitualidad fijado en los diferentes regímenes específicos, derivados de la normativa sectorial turística (2.2).

2.1 EL ALQUILER TURÍSTICO COMO RESULTADO DE LA EXCLUSIÓN EXPRESA DE LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES DE LA LAU EX ARTÍCULO 5 E), BASADO EN EL CRITERIO DE HABITUALIDAD FIJADO POR LAS CC.AA.

El *alquiler turístico* tiene su origen en el artículo 5 e) LAU, un apartado que recoge todos los requisitos que debe tener una cesión de vivienda para quedar excluida de su ámbito de aplicación (2.1.1), de entre los que destaca, sobre todos los demás, la existencia de un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística (2.1.2), dentro del cual, se encuentra, como así observaremos posteriormente, la habitualidad.

²³ A modo de aclaración previa, precisamos que el criterio de habitualidad es el criterio principal para determinar la condición jurídica de profesionalidad de un determinado sujeto *ex* arts. 1.1 y 3 del Código de comercio, conjuntamente con el requisito de que el comercio se desarrolle en nombre propio y la capacidad de obrar (este último es un condicionamiento elaborado por la doctrina).

2.1.1 El artículo 5 e) de la LAU: el origen de los alquileres turísticos

En este apartado analizaremos los diferentes elementos que componen el apartado e) del artículo 5 desde una doble perspectiva: desde el punto de vista de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU, por un lado, y desde la perspectiva de la configuración del *alquiler turístico*, como consecuencia de dicha exclusión, por el otro.

De este modo, el mencionado apartado e), que excluye del ámbito de aplicación de la LAU «*la cesión temporal de uso de la totalidad (2.1.1.2) de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato (2.1.1.1), comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción (2.1.1.4), y realizada con finalidad lucrativa (2.1.1.3), cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística (2.1.1.5)*», enumera los elementos que los *arrendamientos vacacionales* deben tener para ser excluidos de la LAU, y, al mismo tiempo, aquellos otros que, paralelamente, representan las características principales de los *alquileres turísticos*.

2.1.1.1 CESIÓN TEMPORAL DE UNA VIVIENDA AMUEBLADA Y EN CONDICIONES DE USO INMEDIATO

El hecho de que la cesión de la vivienda sea de carácter *temporal*, descarta la posibilidad de que esta exclusión se produzca sobre los arrendamientos de vivienda del artículo 2 LAU, cuya finalidad es, precisamente, la satisfacción de una necesidad de carácter *permanente* de vivienda.

De este modo, la exclusión del apartado e) se circunscribe únicamente a los arrendamientos temporales²⁴ de vivienda²⁵ (art. 3.2 LAU), cuya finalidad o uso al que se destinan es la satisfacción de la necesidad de carácter *temporal*²⁶ de una vivienda. Además, con la

²⁴ Como se expone en el propio preámbulo (II) de la propia Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que introduce la exclusión del apartado e) del artículo 5, en defecto de que se aplique la normativa sectorial específica, se precisa que se «*les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación*».

²⁵ No se ven afectados por la exclusión del artículo 5 e) los arrendamientos de local de negocio», que no tienen por objeto del contrato una vivienda en el sentido de *edificación habitable*. Esta idea la desarrollamos en BOTELLO HERMOSA, 2016c, pp. 1000 a 1038.

²⁶ Nuestro Alto Tribunal concibe el criterio de habitualidad en relación «*no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento*». SSTS N.º 1074/1999, sala 1.ª de lo civil, 15 de diciembre de 1999 y SSTS N.º 790/2011, sala 1.ª de lo civil, 4 de abril de 2011. De esta forma, lo que determinará la

exigencia de que la vivienda se encuentre *amueblada y en condiciones de uso inmediato*, desde nuestro punto de vista, creemos que el legislador está haciendo referencia, dentro de los arrendamientos temporales, a los *arrendamientos vacacionales*, y no así a cualquier tipo de arrendamiento por temporada (como aquellos celebrados por período académico o de segunda residencia), puesto que, a diferencia de los vacacionales, pensamos que pueden llevarse a cabo sin estar amueblados. En esta línea, la Audiencia Provincial de Madrid estimó que, en el caso de que quedase acreditada la falta de limpieza y la inadecuación de un apartamento arrendado para servir al uso que era destinado (el arrendamiento por temporada de la primera quincena del mes de agosto), se puede considerar que un arrendador *«incumplió con la principal obligación asumida frente a la actora, esto es, proporcionar una vivienda amueblada y acondicionada para las vacaciones durante la primera quincena del mes de agosto (...) [ya que] entregó una cosa (...) inhábil en su conjunto, para el uso a que iba destinada, creando una insatisfacción objetiva y justificada de la arrendataria, según los usos normales»*²⁷.

Por estas razones, partiremos de la base de que el *alquiler turístico* es, en origen, un *arrendamiento vacacional* (celebrado entre particulares) que, como consecuencia del mencionado apartado e), quedó excluido expresamente de la LAU.

temporalidad de un arrendamiento no va a ser la duración cronológica del arrendamiento, es decir, que se celebre por un año, por cuatro meses o tres semanas, como así ha interpretado parte de la doctrina, sino que, según la interpretación que hace nuestro Tribunal, la temporalidad de estos arrendamientos se determina en función de la finalidad que se pretenda lograr los mismos, el uso al que se destine, es decir, la satisfacción de una necesidad temporal de vivienda durante un período vacacional (que podrá variar en función de la disponibilidad de la que disponga el arrendatario), o por un período académico (que podrá variar igualmente en función del curso que se desee realizar), o para satisfacer la necesidad de una vivienda como segunda residencia (que podrá variar en función del interés del arrendatario), un concepto de temporalidad configurado en oposición a la idea de la satisfacción de una *necesidad permanente de vivienda*, el uso al que, concretamente, se destinan los arrendamientos de vivienda (art. 2), es decir, a satisfacer la necesidad permanente de una vivienda, de una primera residencia cuyo destino es la simple supervivencia más elemental.

²⁷ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a). Sentencia núm. 574/2009 de 19 octubre. JUR 2010\20360, en un litigio acerca de *la habitabilidad* de una vivienda durante un Arrendamiento vacacional, señaló que *«ha quedado acreditada la falta de limpieza y la inadecuación del apartamento arrendado para servir al uso que era destinado (alquiler de temporada de la primera quincena del mes de agosto) (...) este Tribunal debe forzosamente compartir (...) que el hoy apelante incumplió con la principal obligación asumida frente a la actora, esto es, proporcionar una vivienda amueblada y acondicionada para las vacaciones durante la primera quincena del mes de agosto, de tal manera que debe entenderse que la demandante no hubiera arrendado nunca el apartamento de conocer su estado de suciedad y la inadecuación de sus instalaciones. En definitiva, (...) entregó una cosa (...) inhábil en su conjunto, para el uso a que iba destinada, creando una insatisfacción objetiva y justificada de la arrendataria, según los usos normales. (...) forzoso es estimar acreditado el padecimiento psíquico sufrido por la demandante que vio transformadas sus lógicas expectativas de unos días plácidos de vacaciones, por una situación incómoda, tensa e inaceptable, que la obligó a buscar a toda prisa un nuevo alojamiento»*.

2.1.1.2 LA TOTALIDAD DE UNA VIVIENDA

En segundo lugar, la exigencia de que la cesión de la vivienda deba realizarse sobre la *totalidad de una vivienda* debe analizarse, al igual que el resto de los elementos, desde una doble perspectiva: la del *arrendamiento vacacional* y la del *alquiler turístico*.

Desde el punto de los *arrendamientos vacacionales*, al especificarse que la exclusión deberá realizarse sobre la *totalidad de la vivienda*, entonces, *a contrario sensu*, podríamos plantearnos el siguiente interrogante: ¿Los arrendamientos parciales de vivienda se encuentran sometidos al ámbito de aplicación de la LAU? Es decir, ¿los arrendamientos vacacionales se pueden realizar sobre una habitación? Esta cuestión se puede observar, igualmente, desde la perspectiva de la configuración del *alquiler turístico*, planteándonos si estos recaen exclusivamente sobre *la totalidad de una vivienda* y, por lo tanto, se excluye la posibilidad de celebrar alquileres turísticos sobre habitaciones. Estas cuestiones no presentan una fácil solución. De este modo, no es tarea baladí determinar el ámbito normativo de los contratos de arrendamiento celebrados sobre una habitación (en adelante, los CAH). Prueba de esta dificultad es que, más allá de los escasos pronunciamientos doctrinales²⁸, nuestra jurisprudencia menor (ante la falta de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo), presenta tres líneas interpretativas acerca de la legislación aplicable a los CAH²⁹. La primera, considera que los CAH quedan sometidos al ámbito de aplicación de la LAU a través del artículo 2 –como un arrendamiento de vivienda–; la segunda corriente también entiende que quedan sometidos al ámbito de aplicación de la LAU, aunque, en este caso, a través del artículo 3 –como un arrendamiento para uso distinto del de vivienda–; y, finalmente, la tercera línea interpretativa (minoritaria), considera que los CAH no están recogidos en la LAU, sino que están sometidos a lo establecido entre las partes y al Código Civil (en adelante, CC), una posición que venimos defendiendo en reiteradas ocasiones³⁰, una línea interpretativa que, finalmente, parece finalmente haber adoptado nuestro Alto Tribunal³¹ en dos Sentencias recientes en las que dictamina, desde nuestra perspectiva, de

²⁸ Entre otros, ORDÁS ALONSO y VALLADARES RASCÓN, 2013, pp. 91 y 92 y el Cuaderno de arrendamientos urbanos contrato de arrendamiento de habitaciones con mobiliario, 2004.

²⁹ El análisis de esta jurisprudencia lo realizamos en BOTELLO HERMOSA, 2016c, pp. 1000 a 1038.

³⁰ BOTELLO HERMOSA, 2016c, pp. 1033 y 1034.

³¹ En dos importantísimas Sentencias [núm. 26/2019 (RJ\2019\276) y núm. 25/2019 (RJ\2019\288)], dictadas el 15 de enero de 2019 por la tercera Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en las que se sienta doctrina acerca de la imposibilidad de las CC.AA. para limitar los Alquileres turísticos por habitaciones (y que no comentaremos por no ser el objeto de nuestro análisis).

forma laxa y superficial, sin valorar la complejidad de la problemática en cuestión ni ofrecer una fundamentación jurídica al respecto, que, «*sencillamente la Ley de Arrendamientos Urbanos no se aplica al alquiler por estancias que se sujeta a lo pactado y, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código Civil*», de forma que, en base a esto, nos reafirmamos en la idea de que las cesiones parciales de vivienda, como los arrendamientos de habitaciones, no se entienden sometidas al ámbito de aplicación de la LAU y, por lo tanto, no quedan concernidas por lo dispuesto en su articulado³².

Desde la perspectiva de la configuración del *alquiler turístico* a partir de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU, creemos que el requisito que exige que la cesión de la vivienda deba realizarse sobre la *totalidad* de la misma no afecta a su esencia, de forma que, bajo nuestro punto de vista, los *alquileres turísticos* pueden tener por objeto del contrato tanto la totalidad de una vivienda como tan solo una sola parte de esta. Los *alquileres turísticos* no se ven limitados, entonces, por el requisito que acabamos de analizar, al contrario de lo que sí sucede, sin embargo, con los *arrendamientos vacacionales* —origen de aquellos— que solo pueden tener por objeto del contrato la *totalidad de una vivienda*, ya que dentro del ámbito de aplicación de la LAU no se encuentran los arrendamientos parciales de vivienda³³.

Así las cosas, en nuestra opinión, los *alquileres turísticos* pueden tener como objeto del contrato tanto la totalidad del uso de una vivienda como una única parte de esta, de modo que, en base a esta premisa, los *alquileres turísticos* sí pueden celebrarse sobre una única habitación³⁴. Así las cosas, advertimos al lector que, por una cuestión meramente comparativa con respecto a la figura de los *arrendamientos vacacionales* recogidos en la LAU, los cuales

³² En contra, FUENTES-LOJO RIUS, 2018.

³³ En sentido contrario, SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 125, quien considera que «*si se tratara, en cambio, de la cesión temporal de una o varias habitaciones (sin abarcar, por tanto, la totalidad del inmueble), considero que el contrato tendrá la consideración de arrendamiento para uso distinto de la vivienda y, por tanto, será de aplicación la LAU, al incumplirse uno de los presupuestos contemplados en el art. 5.e) LAU (que se refiere a los supuestos en los que se cede toda la vivienda)*».

³⁴ A título de ejemplo, el artículo 12. 1 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, relativo al régimen de explotación de las viviendas, que disponía que «*las viviendas vacacionales deberán ser cedidas íntegramente a una única persona usuaria, que figurará como responsable en todo caso de la reserva realizada, y no se permitirá la cesión por habitaciones, existiendo prohibición de formalizar varios contratos al mismo tiempo respecto a la misma vivienda, no permitiéndose, por tanto, el uso compartido de la misma*», fue declarado nulo por Sentencia TSJIC (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª) de 21 marzo 2017 (Rec. 94/2015) y de 5 de julio 2017 (Rec. 117/2015), decisión confirmada finalmente por el Tribunal Supremo en las Sentencias [núm. 26/2019 (RJ\2019\276) y núm. 25/2019 (RJ\2019\288)], dictadas el 15 de enero de 2019 por la tercera Sala de lo Contencioso-Administrativo anteriormente referidas.

están limitados por el requisito de *la totalidad de la vivienda*, en este trabajo haremos referencia única y exclusivamente a los *alquileres turísticos* celebrados sobre la totalidad de una vivienda, y no así a los supuestos de hecho en los que, efectivamente, se hallan celebrado únicamente sobre una parte de la vivienda, ya que, en ese supuesto de hecho, es decir, en la hipótesis de que una cesión del uso de una vivienda a título lucrativo se circunscribiese exclusivamente al uso de una habitación, no habría lugar a esta comparativa entre *arrendamiento vacacional* y *alquiler turístico*, puesto que, en ningún momento, existiría controversia alguna entre ambas nociones al estar desde el inicio clara la exclusión del *alquiler turístico* parcial del ámbito de aplicación de la LAU.

2.1.1.3 QUE SE REALICE CON FINALIDAD LUCRATIVA»

Esta exigencia no requiere, en principio, mayor análisis, ya que, en caso de celebrarse una cesión del uso y disfrute de una vivienda a título gratuito sería calificada como un contrato de comodato³⁵. Sin embargo, como trataremos posteriormente, la concreción de este requisito debe ser tenido en cuenta por el legislador, como así desarrollaremos en el apartado 3.2.2.1.

2.1.1.4 CANALES DE OFERTA TURÍSTICA O CUALQUIER OTRO MODO DE COMERCIALIZACIÓN O PROMOCIÓN³⁶

Este requisito supone que quedarán excluidas de la normativa arrendaticia tanto las cesiones de una vivienda promocionadas en

³⁵ En este sentido, VIVAS TESÓN, 2002.

³⁶ Este requisito engloba, a título de ejemplo, «*las agencias de viajes, centrales de reserva y otras empresas de intermediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; plataformas webs de promoción, publicidad, reserva o alquiler; y publicidad realizada por cualquier medio de comunicación*», ex artículo 2, b), del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como «*las agencias de viajes; centrales de reserva; otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; así como la inserción de publicidad en los espacios de los medios de comunicación social relacionados con los viajes y estancias en lugares distintos a los del entorno habitual de los turistas*», ex artículo 2, b), del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón. También incluye lo dispuesto en el artículo 3. 3, del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos, que lo define de una forma más laxa incluyendo dentro de este concepto únicamente a «*las agencias de viaje, las empresas que medien u organicen servicios turísticos y los canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento*». Por su parte, y por no extendernos en este particular, finalizaremos con la normativa de la Comunidad de Madrid [Artículo 2. 2, del Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.], que, al contrario de las anteriores normativas, no establece una definición para lo que debe entenderse por «*canal de oferta turística*», generándose con ello una cierta confusión e incertidumbre.

canales de oferta turística como las que lo fuesen por cualquier otro medio de comercialización o promoción, a diferencia de lo que estipulaba la redacción originaria del apartado e) de 2013, que tan solo hacían referencia a los canales de oferta turística. En esta línea, buena parte de la doctrina³⁷ considera que *el principal criterio para excluir este tipo de viviendas de la aplicación de la LAU es, precisamente, su promoción a través de canales de oferta turística*. Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta apreciación³⁸.

Desde la perspectiva de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU, la exigencia de que la cesión de la vivienda sea *comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción*, queda subordinada, al igual que los demás requisitos, a la existencia de un *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, el cual, como trataremos de desarrollar a continuación, será aplicable, al igual que el resto de elementos que van a delimitar la figura del *alquiler turístico* (que, como veremos posteriormente, son el ofrecimiento de servicios turísticos o accesorios al alojamiento, y la condición jurídica de profesionales o empresarios de los cedentes de las viviendas, y de consumidores y usuarios de los turistas o huéspedes), a partir de que se entienda que se da el criterio de habitualidad³⁹ establecido en la misma norma, momen-

³⁷ Según GARCÍA SAURA, 2019, p. 55, «la doctrina mayoritaria opina que el principal criterio para excluir este tipo de viviendas de la aplicación de la LAU es, precisamente, su promoción a través de canales de oferta turística». Así, CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 1231, advierte que «no puede interpretarse el precepto, como ha hecho la mayor parte de la doctrina, en el sentido de que el legislador con la modificación halla dejado sometidos a la legislación turística de las CC.AA. a los contratos de arrendamiento temporal ofertados y comercializados en canales de oferta turística».

Entre otros, MOYA BALLESTER, 2019, p. 164, considera que «el propio legislador nacional contribuye a generar la confusión competencial al excluir de la Ley de Arrendamientos Urbanos la regulación de la cesión temporal de inmuebles cuando éstos se comercialicen a través de canales turísticos, remitiéndolos a una regulación sectorial que no se ha acometido en estos cinco años». Respecto a la jurisprudencia, en su FJ 1, la Sentencia N.º 148/2016 de 27 de abril de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N.º 6 de Valencia, expone que «el calificativo de la vivienda de uso turístico por la legislación autonómica no viene determinado por el uso del suelo que ocupa, sino por los medios o canales utilizados para su publicidad y/o comercialización».

³⁸ En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 1231, señala que «de la letra del artículo 5e) en modo alguno puede derivarse la afirmación de que es la oferta y comercialización de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de inmediata disponibilidad realizada a través de Internet por particulares o por profesionales no dedicados a la actividad turística, la actividad que deja excluidos los arrendamientos del ámbito de aplicación de la LAU».

³⁹ Sobre este particular, se pronuncia, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) Sentencia núm. 88/2018 de 5 febrero, (JUR\2018\90873), en su FJ 2, apuntando que «no todo arrendamiento de viviendas vacacionales está comprendido dentro de su ámbito de regulación, sino solo los que sean promocionados en canales de oferta turística, de forma habitual; se trataría de intervenir solo en aquellas ofertas alojativas que utilizan los mismos canales de difusión que los productos turísticos tradicionales. Así es el medio de publicidad utili-

to a partir del cual, el originario *arrendamiento vacacional* da paso al nuevo *alquiler turístico*.

Precisamente, por esta razón, creemos que no es conveniente unificar ambos elementos, como así vienen realizando distintos legisladores autonómicos, relacionándose el criterio de habitualidad con el uso de canales de oferta turística, como así sucede, a título de ejemplo, con el artículo 3.2. del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de la Junta de Andalucía, en el que se dispone que «*se presumirá que existe habitualidad y finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística*», puesto que, como ya ha dictaminado el TJUE⁴⁰, el hecho de publicitar un bien en una plataforma en línea en diversas ocasiones no es motivo suficiente para considerar como comerciante a un particular, ni, por ende, que su actividad económica se esté realizando de forma habitual.

Por lo tanto, a partir de este razonamiento, consiguientemente, entendemos que no sería correcto afirmar que la realización de una actividad de alojamiento (sometida a la LAU), por el simple hecho de ser promocionada a través de una plataforma digital, deba ser considerada como una actividad turística. Consecuentemente, desde la perspectiva de los *alquileres turísticos*, el requisito de que la cesión temporal del uso de una vivienda deba realizarse a través de *canales de oferta turística o cualquier otro modo de comerciali-*

zado el determinante de la calificación del alojamiento ofertado como turístico, amén de la habitualidad de la oferta. Y solo a estos efectos la vivienda de uso turístico es calificada de establecimiento». Igualmente, MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, p. 174, menciona una serie de Sentencias en las que los Tribunales no consideran que el criterio de la utilización de canales de comercialización turísticos sea decisivo para calificar una estancia como turística. Entre otras, la STSJ Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 237/1999 de 13 de abril, que destaca que, aunque se utilicen canales de comercialización turísticos, cabe que no sea estancia turística por ser una situación esporádica de vivienda. También STSJ Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 422/1997 de 31 de julio, en la que se dice que tienen el carácter de turísticas las villas en las que de modo habitual se ejerza la actividad de facilitar alojamiento a las personas mediante precio, presumiéndose la habitualidad tanto cuando se hiciese publicidad por cualquier medio como cuando se facilitase alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año por tiempo que en conjunto exceda de un mes –artículos 1.1 y 3 de la Orden Ministerial de 17 enero 1967–.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018 ECLI:EU: C:2018:808, accesible desde el siguiente enlace:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206437&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4136984>, apartados 40 y 44, en los que se dispone que «*el mero hecho de que con la venta se persiga una finalidad lucrativa o de que una persona publique simultáneamente en una plataforma en línea una serie de anuncios en los que ofrece a la venta bienes nuevos y usados, no basta, por sí mismo, para calificar a dicha persona de “comerciante”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 2005/29 y del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2011/83*», y que, por lo tanto, «*una actividad como la controvertida en el litigio principal no puede calificarse de “práctica comercial” en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29*».

zación o promoción, quedará subordinado, como el resto, a lo dispuesto en el correspondiente *régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*, aplicable, precisamente, desde el momento en el que se considere que se reúnen los parámetros que configuran el criterio de habitualidad.

2.1.1.5 UN RÉGIMEN ESPECÍFICO, DERIVADO DE SU NORMATIVA SECTORIAL TURÍSTICA

De todos los requisitos enumerados en el artículo 5 e) LAU, la existencia de un régimen específico sobre este tipo de alojamientos es el único que produce, de forma independiente, la exclusión del *arrendamiento vacacional* del ámbito de aplicación de la LAU y el correspondiente nacimiento del *alquiler turístico*. El resto de los requisitos analizados antes quedan subordinados a la aplicación de éste. Es más, en la gran mayoría de casos vienen delimitados, precisamente, en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turísticos publicadas por las distintas CC.AA.⁴¹, de tal forma que, en aquellas CC.AA. donde no se halla previsto un régimen específico derivado de su normativa sectorial turística, como es el caso de Extremadura, la exclusión del artículo 5 e) no tendría efectos aunque dicha cesión temporal del uso de la vivienda reuniese los anteriores requisitos, de modo que la calificación jurídica de esas cesiones temporales de la totalidad de una vivienda situadas en estos territorios seguirá siendo la de *arrendamientos vacacionales*⁴², con las importantes consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

A través de esta medida, el legislador estatal parece haber cedido el testigo al autonómico para que afronte la situación problemática derivada del aumento exponencial del uso de alojamientos privados, que, como precisa el segundo apartado del Preámbulo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, *«podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos»*. De esta forma, con la introducción del apartado e) al artículo 5, estos supuestos quedan excluidos de la LAU *«para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada»*, que no sufre modificación⁴³. Así, en un principio, el legislador autonómico estaría habilitado para, en el ejer-

⁴¹ En esta línea, DÍAZ VALES, 2018b, p. 43.

⁴² GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 160; SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 164.

⁴³ DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, *REALA*, 2016, p. 5.

cicio de sus competencias *ex* artículo 148.1.18 de la Constitución española (en adelante, CE), configurar los alquileres turísticos a través de la regulación del *régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*. No obstante, y como así desarrollaremos en el apartado 3.1.3, creemos que el legislador autonómico excede de su competencia al delimitar el criterio de habitualidad.

Por todo ello, en el siguiente apartado, nos centraremos en el desarrollo del elemento más relevante del apartado e) del art. 5 de la LAU, es decir, *el régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, como origen de la figura del *alquiler turístico*. Así, a modo de preámbulo, en este régimen específico establecido por los legisladores autonómicos, además de profundizar sobre los elementos expuestos en el apartado e), se establecen los dos aspectos principales que sirven para diferenciar, precisamente, la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, como son la imposición de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento de carácter administrativo, por un lado, y la condición jurídica de profesional o empresario de los oferentes de las viviendas, y de turistas o consumidores y usuarios de los huéspedes, dos características que, sin embargo, como así trataremos de desarrollar posteriormente, quedan subordinadas a un tercer elemento que las distingue, como es el criterio de habitualidad establecido en la misma norma, razón por lo consideramos este criterio como el instrumento jurídico que delimita los *alquileres turísticos*.

2.1.2 Principales elementos que caracterizan el alquiler turístico en el régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística. La relevancia de la habitualidad

Del análisis del apartado e) del artículo 5 LAU, extraemos que corresponde al legislador autonómico establecer el *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística* que configura el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato de *alquiler turístico* (2.1.2.1), quien delimita los elementos que la configuran y diferencian con respecto a los *arrendamientos vacacionales* (2.1.2.2).

2.1.2.1 EL ESTATUTO JURÍDICO HÍBRIDO DE LOS ALQUILERES TURÍSTICOS. UNA APROXIMACIÓN AL ÁMBITO JURÍDICO-PÚBLICO O ADMINISTRATIVO, Y AL JURÍDICO-PRIVADO O CIVIL DE LOS CONTRATOS

De una primera lectura del apartado e) del artículo 5, concretamente el apartado relativo al régimen específico derivado de su nor-

mativa sectorial turística, pudiera pensarse que el régimen jurídico de los *alquileres turísticos* derivase de lo establecido en las normativas sectoriales turísticas de las CC.AA.⁴⁴, siendo estas, pues, las encargadas de configurar la esencia de esta figura *ex* artículo 148.1.18 CE, relativo a la promoción y ordenación del turismo dentro de su ámbito territorial. Sin embargo, este aspecto debe ser matizado⁴⁵, ya que, como bien tiene entendido la doctrina⁴⁶, hemos de tener en cuenta la doble dimensión jurídica⁴⁷ de los contratos en el análisis los *alquileres turísticos*, una circunstancia que configura a estos contratos un *estatuto híbrido público-privado*⁴⁸. Así, como indica Moreno-Torres Herrera⁴⁹, «*debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico hay dos tipos de normas referidas a las viviendas turísticas: de un lado, las destinadas a disciplinar la relación contractual; de otro lado, las que tienen por objeto regular la actividad turística*».

Por lo tanto, según el reparto competencial establecido en la CE⁵⁰, si bien es cierto que, efectivamente, las CC.AA. desarrollan *ex* artículo 148.1.18 CE el ámbito jurídico-público o administrativo de la figura de los *alquileres turísticos*, también lo es que no gozan de competencia legislativa para regular los aspectos jurídico-privados o civiles de los contratos –*ex* artículo 149.1.8 CE⁵¹–, salvo que

⁴⁴ MARTOS CALABRÚS, *RDC*, 2014, p. 92.

⁴⁵ CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1207.

⁴⁶ MARTOS CALABRÚS, *RDC*, 2014, p. 75.

⁴⁷ En esta línea, MONTES RODRÍGUEZ, *AJI*, 2016, p. 200, explica que «*desde sus inicios la regulación de la actividad turística ha sido dual, en parte desde el derecho público que perseguía su control desde las administraciones públicas y en parte desde el derecho privado por cuanto tal actividad se desarrolla fundamentalmente mediante la contratación entre las empresas del sector y sus clientes, los turistas*».

⁴⁸ DÍAZ VALES, 2019a, p. 133.

⁴⁹ MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 195.

⁵⁰ El Estado tiene atribuidas exclusivamente las materias previstas en el artículo 149.1, con especial relevancia la relativa a la legislación mercantil (6.º) y civil (8.º), así como lo relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (13.º), y por su parte, las CC.AA., por medio de su asunción a través de sus Estatutos de Autonomía, tienen atribuidas las competencias recogidas en el artículo 148.1, como la Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (3.º) y la Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial (18.º) –base sobre la cual se fundamentan los diferentes Decretos autonómicos en materia de viviendas turísticas–. Además, paralelamente a la división competencial, algunas han asumido, de manera residual [PARRA LUCÁN, *RJN*, 1987, p. 151], la competencia plena [sobre este aspecto, es muy pertinente la apreciación que hace ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 537, en la que precisa que «*el término de competencia exclusiva es, como en tantos otros casos, equívoco, ya que no significa lo que parece, esto es, no es cierto que solo la Comunidad Autónoma ejerza competencias en el ámbito de la protección de los consumidores. Los propios Estatutos lo desmienten así como la propia Constitución. Su significado es otro: el de la competencia plena, que abarca tanto competencias legislativas, de desarrollo reglamentario como ejecutivas o de gestión administrativa en dicho ámbito*»] en materia de protección de los consumidores, que, a diferencia de las anteriores –turismo, ordenación del territorio, contratos, etc.–, no se atiene a la distribución de títulos competenciales entre el Estado y las CC.AA., sino que se deriva del artículo 51 de la CE, de modo que es una materia que está regulada tanto por el Estado como por las CC.AA.

⁵¹ En este sentido, podemos hacer alusión a la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2012, sobre la cuestión de inconstitucionalidad 6548-2001, en la

tengan la competencia atribuida para la conservación, modificación y desarrollo de un preexistente derecho civil, foral o especial sobre la materia concreta⁵².

Consecuentemente, para resolver «*la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el huésped y el titular de la vivienda (o, en su caso, la persona con facultades de disposición sobre la misma)* [cuya respuesta] *determinará el régimen jurídico aplicable al negocio realizado*⁵³», creemos que es necesario afrontar la configuración jurídica de los *alquileres turísticos* teniendo en cuenta, por un lado, (1) la dimensión jurídico-privada del contrato, relativa a la relación obligatoria que se crea entre el cedente de la vivienda y el huésped, y por el otro, (2) la dimensión jurídico-pública, la relación jurídica obligatoria entre el cedente de la vivienda y la administración, dos esferas jurídicas que representan, a su vez, el reparto de competencias atribuidas a las CC.AA. y al Estado⁵⁴ en el ámbito de los *alquileres turísticos*⁵⁵.

cual se declaraba nulo el apartado 4 de la Disposición Transitoria única de la Ley 5/1999, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, por un exceso en su ámbito de competencias por parte de la CC.AA. de Canarias que otorgaba un derecho de adquisición preferente en caso de venta de unidades no destinadas a la actividad turística a los titulares de unidades de alojamiento en explotación. Así, dispone el FJ 4 de la citada STC que «*la adquisición preferente es la esencia de dicho derecho real, pertenece “en cuanto institución jurídica, al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, desde esta perspectiva, como derecho(s) real(es) de adquisición preferente, su regulación es competencia exclusiva del Estado en cuanto integrante(s) de la legislación civil (art. 149.1.8 CE), a salvo las peculiaridades propias de los Derechos forales o especiales” (STC 207/1999, de 11 de noviembre, FJ 5)*». Igualmente, puede verse la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982. (RTC 1982/71).

⁵² Sobre este aspecto, hay que tener en cuenta que el art. 149.1.8 CE solo permite legislar en materia de Derecho civil a aquellas comunidades autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieron un Derecho civil propio y solo pueden hacerlo en atención a su conservación, modificación o desarrollo, pero no ampara la creación de un Derecho civil nuevo o instituciones jurídicas que nunca estuvieron presentes en su territorio (SSTC 82/2016, de 28 de abril, 110/2016, de 9 de junio, y 192/2016, de 16 de noviembre). En consecuencia, aunque la norma estatutaria disponga que la comunidad autónoma tiene competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, esto no le otorga, desde la óptica constitucional, mayor competencia material que la de legislar sobre aquellas instituciones que ya aparecieran recogidas en su ordenamiento jurídico a la entrada en vigor del texto constitucional, en su ordenación posterior o bien tengan conexión con ellas. No obstante, esta línea jurisprudencial parece haber evolucionado con la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto sobre diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, en la que se ofrece una novedosa interpretación sobre las bases de la contratación y su posible desarrollo por las CC.AA. con competencias en materia civil.

⁵³ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 148.

⁵⁴ En este sentido, concluye DURBÁN MARTÍ, DPC, 2016, pp. 286. que «*es (...) la distinción entre derecho privado y derecho público el principal criterio empleado para delimitar las facultades del Estado y de las comunidades autónomas a la hora de disciplinar las relaciones obligacionales y contractuales*».

⁵⁵ En este sentido, REPRESA POLO, 2005, p. 17, acerca del contrato de hospedaje, estima que «*debe diferenciarse entre la relación contractual de carácter privado, entre el hotelero y el viajero, cuyo cumplimiento se enmarca dentro de las relaciones entre particu-*

En primer lugar, desde el punto de vista de la dimensión del contrato celebrado entre arrendador y arrendatario, es decir, centrándonos en el ámbito jurídico-privado o civil de los contratos, en el caso los *alquileres turísticos*, se estaría haciendo referencia a la cesión temporal del uso de la totalidad una vivienda amueblada en condiciones de uso inmediato, a cambio de un precio (permítasenos insistir en el hecho de que, en dicha relación originaria, las partes no acuerdan la inclusión de servicios complementarios o añadidos al alojamiento, ya que, en el inicio, era un arrendamiento vacacional⁵⁶), un ámbito que, exclusivamente, incumbe a la relación jurídica que se crea entre las partes que contratan, dos particulares, y no así a las obligaciones que de esta relación puedan originarse con respecto a la administración. Precisamente, por esta razón, desde el instante en el que esta relación jurídico-privada reúna las condiciones expuestas anteriormente en el apartado e) del artículo 5 LAU, se producirá la exclusión la misma del ámbito de aplicación de la LAU, es decir, que no se calificará jurídicamente como un *arrendamiento vacacional*, quedando esta relación jurídico-privada sometida a lo establecido por las partes y, supletoriamente, a lo establecido en el CC⁵⁷. A diferencia de la dimensión jurídico-pública, esta dimensión de los *alquileres turísticos* hace referencia a la esfera sobre la que, exclusivamente, puede regular el legislador estatal *ex* artículo 149.1.8 CE, así como, excepcionalmente, aquellas CC.AA. que tuvieran la competencia atribuida para la conservación, modificación y desarrollo de un derecho preexistente. Por lo tanto, como acabamos de observar sobre la dimensión jurídico-privada del contrato (la relación privada entre el cedente de la vivienda y el huésped), es importante resaltar que, lo estipulado por las diferentes CC.AA. a través de los diferentes regímenes específicos derivados de su normativa sectorial turística, es decir, en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, consecuentemente, no tiene (y no debería tener) nin-

lares y las obligaciones impuestas por la Administración al hotelero, cuyo incumplimiento dará lugar a las correspondientes sanciones administrativas (multas, suspensión de actividades, revisión de la categoría otorgada al establecimiento...). Aquellas obligaciones e instrucciones solo a través de su consolidación por los usos contractuales podrán integrarse en el contenido del contrato, por vía del artículo 1258 C. C., de manera que sólo de forma indirecta inciden en el contrato de hospedaje».

⁵⁶ En caso de incluir estos servicios complementarios, el supuesto de hecho a tratar no sería precisamente el de la exclusión prevista en el artículo 5 de la LAU, ya que estaríamos tratando un contrato de hospedaje, cuya exclusión de la LAU está completamente superada por la doctrina y jurisprudencia.

⁵⁷ De la misma opinión, SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 132, quien señala que «por lo tanto, en virtud de la expulsión de dicho contrato de la LAU y de la falta de competencias de la mayoría de los legisladores autonómicos para regularlo, las relaciones inter partes que surjan del perfeccionamiento de un contrato de este tipo quedarán sujetas a las reglas del Código civil que regulan el contrato de arrendamiento».

guna repercusión jurídica en la esfera jurídico-privada de los *alquileres turísticos*, es decir, en la relación jurídica entre el cedente de la vivienda y el huésped (el contrato de arrendamiento), ya que, al ser una materia exclusiva del Estado *ex. artículo 149. 1. 8.º CE* (materia civil), y, al mismo tiempo, las CC.AA. fundar su potestad en el artículo 148.1.18.º CE (materia turística), hace referencia únicamente a la dimensión jurídico-pública del contrato.

Y, en segundo lugar, de forma paralela a la dimensión jurídico-privada del contrato expuesta en el párrafo anterior, se desarrolla el ámbito jurídico-público o administrativo del *alquiler turístico*, relativo a la relación jurídica que se crea entre el cedente de la vivienda y la administración pública, la esfera más relevante a efectos comparativos con respecto a los *arrendamientos vacacionales*. En efecto, es en este ámbito donde incide, precisamente, el régimen específico derivado de su normativa sectorial turística mencionado en el apartado e) del artículo 5 LAU, es decir, el ámbito de los *alquileres turísticos* que vienen a regular los distintos Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico. Justamente, es, sobre esta esfera de los contratos, donde se ubican las principales diferencias (y límites jurídicos) de los *alquileres turísticos* respecto de los *arrendamientos vacacionales*, como son, principalmente, la delimitación del criterio de habitualidad, y, como una consecuencia de este, de forma accesorias, la imposición por parte de la administración de una serie de requisitos puramente turísticos al alojamiento. En este contexto, donde los contratos presentan un doble estatuto jurídico (público y privado), nos centraremos en el ámbito jurídico-público o administrativo del *alquiler turístico*, ya que, a nuestro juicio, se halla en este ámbito la respuesta a la problemática planteada anteriormente acerca del límite jurídico entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*. Como así desarrollaremos posteriormente, somos partidarios de que el límite entre ambas figuras jurídicas está configurado, actualmente, por el legislador autonómico a través, precisamente, de los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico mediante la fijación del criterio de habitualidad, influyendo, en este caso, exclusivamente en el ámbito jurídico-público o privado de los *alquileres turísticos*.

La relevancia jurídico-práctica de la correcta distinción entre los ámbitos jurídico-privado o civil y el jurídico-público o administrativo, se observa, con especial interés, en la delimitación jurídica de los *alquileres turísticos* con respecto a figuras jurídicas afines, como son, por un lado, con respecto al contrato de hospedaje, como así profundizaremos en el apartado 2.2.3, donde expondremos que

el hecho que diferencia ambas figuras se encuentra, esencialmente, en el ámbito jurídico-privado o civil, concretamente en la contratación de una serie de servicios añadidos o complementarios al alojamiento en el hospedaje, y no así en el *alquiler turístico*⁵⁸; y, por otro lado, conforme al *arrendamiento vacacional*, la que presenta mayor interés y ha motivado la realización del presente artículo, donde observamos que la diferencia principal entre ambas figuras se halla, a diferencia de los anteriores, en el ámbito jurídico-público o administrativo de ambos contratos, al circunscribirse a uno de los elementos establecidos en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, concretamente al criterio de habitualidad. En este caso, y partiendo de la base anterior según la cual los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico que desarrollan la exigencia del artículo 5 e) LAU, relativa la existencia de un *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, circunscrita al ámbito jurídico-público/administrativo de los *alquileres turísticos* ex artículo 148.1.18 CE, y no así al ámbito jurídico-privado/civil (una materia competencia del Estado ex artículo 149.1.8 CE), creemos que, entonces, y como así desarrollaremos posteriormente, la principal diferencia entre el *arrendamiento vacacional* y el *alquiler turístico* no la hallaremos en la esfera jurídico-privada o civil de los contratos [puesto que, precisamente, como expusimos en la introducción, en este ámbito no queda clarificado el momento exacto en el que, efectivamente, tiene eficacia el apartado e) del artículo 5], sino que, justamente, para poder identificar el momento exacto en el que se entiende que una determinada actividad económica (el alojamiento) debe tener la consideración de una actividad turística y, por tanto, ser regulada por las CC.AA. ex art. 148.1.18 CE, es decir, para fijar cuándo una cesión temporal del uso de una vivienda a título lucrativo dejará de calificarse como un *arrendamiento vacacional* (sometidos al ámbito de aplicación de la LAU) y se convertirá en un *alquiler turístico* (excluidos del ámbito de aplicación de la LAU), hemos de centrarnos en la esfera jurídico-pública o administrativa de los contratos, concretamente en los elementos dispuestos en los regímenes específicos autonómicos en materia de turismo, es decir, en base a las características que, en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, se otorguen a los *alquileres turísticos*.

Por ello, a continuación, profundizaremos en las principales características que delimitan la figura de los *alquileres turísticos*, propuestas en los diferentes Decretos autonómicos, con la finali-

⁵⁸ En la misma línea, MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 210

dad de esclarecer, por qué, en nuestra opinión, de entre todos esos elementos, el criterio de habitualidad es el instrumento jurídico que, verdaderamente, fija el final de un *arrendamiento vacacional* y origina el comienzo de un *alquiler turístico*, al ser, precisamente, el límite a partir del cual el resto de características que configuran los *alquileres turísticos* se entienden aplicables.

2.1.2.2 LOS PRINCIPALES ELEMENTOS DEL ÁMBITO JURÍDICO-PÚBLICO QUE CONFIGURAN EL ALQUILER TURÍSTICO. LA IMPORTANCIA DEL CRITERIO DE HABITUALIDAD EN SU APLICACIÓN

Del análisis de los Decretos autonómicos que regulan el ámbito jurídico-público o administrativo de estos contratos en base al artículo 148.1.18 CE, destacamos que los elementos que delimitan la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos urbanos* son, en primer lugar, (a) la condición jurídica de profesionales o empresarios de los arrendadores y de consumidores y usuarios de los arrendatarios, y, consecuencia de lo anterior, (b) la imposición de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento (como así iremos desarrollando en los siguientes puntos), dos características cuya existencia queda subordinada al (c) criterio de habitualidad delimitado en la propia norma.

En efecto, fundamentándonos en la evolución que ha experimentado la normativa turística⁵⁹ y, consecuentemente, la calificación jurídica dispensada al turista⁶⁰, que es *considerado (...) como consumi-*

⁵⁹ Sobre la forma en que ha evolucionado el turismo, se puede consultar FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, 2018a, pp. 67 a 151.

⁶⁰ CAMPUZANO TOMÉ, 2015, p. 1246, apunta que «*el ordenamiento sectorial del turismo no camina ya por la senda de la autonomía de la voluntad, sino de la ordenación pública de las relaciones inter privados, teniendo los poderes públicos una activa participación orientada a la protección y tutela de los consumidores y usuarios, que desplaza la autonomía de la voluntad de las partes, ya que no son enteramente libres para fijar a su arbitrio y antojo el contenido obligacional del vínculo contractual. Es importante destacar el doble nivel de protección que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al turista, en cuanto consumidor por un lado, y en cuanto usuario turístico por otro*». Por su parte, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016b, p. 119, comenta que «*(...) el turista per se es un consumidor (...). En cuanto usuario o consumidor de bienes y servicios de bienes y servicios prestados por las empresas turísticas es objeto de protección por el Ordenamiento Jurídico y en particular, por el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (...). El prototipo del turista, es un usuario especialmente vulnerable en la medida que se encuentra en un lugar diferente de su residencia habitual, y sujeto, probablemente a unas reglas consuetudinarias diferentes (Auriolés 2006:60); lo que se hace especialmente evidente cuando las estancias se realizan en el extranjero*». Por su parte, DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCEL, 2016, p. 46, explica en la nota a pie de página 88 que «*como hemos visto, también el turista es, a estos efectos, un consumidor. En algunos aspectos la normativa turística es parte integrante de la del consumo, razón por la que se considera informada por el principio de defensa del consumidor en virtud de la obligación que se impone al legislador en el art. 51 CE. De este modo, la ordenación turística no*

*dor y usuario»*⁶¹, al otorgarse la categoría jurídica de turista a los huéspedes que realizan un determinado *alquiler turístico*, concluimos que, consecuentemente, en nuestra opinión, el legislador autonómico, a través de los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, lleva a cabo una modificación de la condición jurídica de las partes en los *alquileres turísticos*, los cuales, en origen, eran considerados particulares-no profesionales (en el *arrendamiento vacacional*), y ahora ostentarán la categoría jurídica de profesionales o empresarios turísticos y turistas-consumidores y usuarios. Por lo tanto, la primera de las características que, en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, creemos que destaca en la figura de los *alquileres turísticos*, se observa en el hecho de que se otorga al sujeto que se aloja en la vivienda (anterior arrendatario particular) la condición jurídica de turista-consumidor y usuario⁶², de modo que, consecuentemente, al otorgar esta consideración jurídica al huésped, colateralmente se categorizará como profesional o empresario⁶³ al cedente de la vivienda⁶⁴ (en origen, un arrendador particular no pro-

puede ser ajena a la genérica de defensa del consumidor, sino que más bien ha de entenderse integrada, por un lado, en la normativa del consumo de forma complementaria, subsidiaria y genérica, y por otro, con normas sectoriales específicas, tales como las alimenticias, sanitarias, de higiene, seguridad o medio ambiente». En la misma línea GUILLÉN NAVARRO, 2015, p. 120, dispone que «nos encontramos ante una actividad turística que debe ser reglada ya no sólo por la problemática que genera (competencia desleal, economía sumergida, problemas vecinales, impacto urbanístico, gentrificación, desprotección del turista/consumidor, etc.), sino porque ante todo se pone en tela de juicio la calidad del destino España». Igualmente, SIMANCAS CRUZ, TERMES CORDOVEZ, PEÑARRUBIA ZARAGOZA, 2017, p. 8, concluyen que «esta modificación de la LAU se ha fundamentado en el hecho de que los arrendatarios de las viviendas solo para uso turístico son turistas y, por tanto, consumidores; ello lo convierte en una cuestión propia de la esfera de lo mercantil. Asimismo, se sustenta en la premisa de que estos arrendamientos no tienen naturaleza civil, por lo que no pueden ampararse en la LAU o en el ámbito de lo civil».

⁶¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016b, p. 119, expone que «el turista per se es un consumidor (Fernández 2013:1096); El turista en cuanto usuario o consumidor de bienes y servicios prestados por las empresas turísticas es objeto de protección por el Ordenamiento Jurídico y en particular, por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que extiende su ámbito de aplicación a las personas físicas y jurídicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional. El prototipo del turista es un usuario especialmente vulnerable en la medida que se encuentra en un lugar diferente de su residencia habitual, y sujeto, probablemente a unas reglas consuetudinarias diferentes (Auriolés 2006:60); lo que se hace especialmente evidente cuando las estancias se realizan en el extranjero».

⁶² Sobre este asunto, PUENTE ORENCH, 2018, p. 300, considera que «la configuración del alojamiento en VFT como una prestación turística, lo equipara al alojamiento en establecimientos hoteleros».

⁶³ COBOS, MALLO y SILVESTRE, 2019, p. 38, afirman que «no se puede sostener (...) que el titular de una VUT no sea una empresa turística de alojamiento cuando (...) [el capítulo en el que se enmarca] lleva por epígrafe, precisamente, “empresas turísticas de alojamiento”».

⁶⁴ Sobre la consideración de los sujetos que participan en el *alquiler turístico* como empresarios o profesionales y consumidores y usuarios, entendemos que se sitúa el pensamiento de los autores que, como veremos posteriormente en el apartado 2.2.3, equiparan las figuras de los *alquileres turísticos* a los contratos de hospedaje, como, a título de ejemplo, GUILLÉN NAVARRO, 2018, p. 46, cuando expone que «la vivienda con un uso turístico,

fesional⁶⁵), una condición jurídica que, posteriormente, justificará la segunda de las características que identifican los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*: la imposición de unos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo. En este sentido, en nuestra opinión, el legislador autonómico, al otorgar a los huéspedes –en origen particulares– el estatus jurídico de turistas *ex* artículo 148.1.18 CE, por considerar que la actividad de alojamiento que realizan, reúne, precisamente, los parámetros de habitualidad descritos en el propio Decreto autonómico para ser considerada como una actividad turística sometida al ámbito de aplicación del Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico [produciéndose, así, la efectiva aplicación del artículo 5 e) LAU], configura, de este modo, la condición jurídica de las partes que intervienen en los *alquileres turísticos*, atribuyéndoles, por un lado, la categoría jurídica de turistas-consumidores y usuarios⁶⁶ a los huéspedes y, paralelamente, la de profesionales⁶⁷ o empresarios⁶⁸ a los oferentes de las viviendas, una condición jurídica recogida en el artículo 1.1.º del Código de comercio en la que, efectivamente, se establece que, para que un sujeto particular que desarrolla una actividad económica sea considerado jurídicamente como un profesional o empresa-

según mi parecer, es una evolución del arrendamiento de temporada desvirtuado (...) que ha derivado hacia un contrato de hospedaje». En este sentido, al equiparar el *alquiler turístico* a un contrato de hospedaje (idea que, como argumentaremos posteriormente, no compartimos), consecuentemente, al caracterizarse los hospedajes, entre otras cosas, por la condición jurídica de profesionales o empresarios de los sujetos que prestan el servicio, los sujetos que desarrollen los *alquileres turísticos* deberían, igualmente, ostentar la misma condición jurídica.

⁶⁵ En la misma línea, OTERO COBOS, 2019, p. 346.

⁶⁶ Sobre la condición jurídica del turista como consumidor y usuario, entre otros, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016b, p. 119, expone que «*el turista per se es un consumidor (Fernández 2013:1096); El turista en cuanto usuario o consumidor de bienes y servicios prestados por las empresas turísticas es objeto de protección por el Ordenamiento Jurídico y en particular, por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que extiende su ámbito de aplicación a las personas físicas y jurídicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional*», así como GUILLÉN NAVARRO, RAAP, 2015, p. 120, quien dispone que *nos encontramos ante una actividad turística que debe ser reglada ya no sólo por la problemática que genera (competencia desleal, economía sumergida, problemas vecinales, impacto urbanístico, gentrificación, desprotección del turista/consumidor, etc.), sino porque ante todo se pone en tela de juicio la calidad del destino España*».

⁶⁷ DÍAZ ALABART, 2017, p. 137, dispone que «*dentro de este concepto general de empresario se incluye el de productor (...) la razón de hacer esta distinción dentro del concepto de empresario procede de que la reclamación de los derechos de los consumidores no siempre debe dirigirse al mismo profesional de la cadena comercial*».

⁶⁸ En el mismo sentido, PORTO CORTÉS, 2013, p. 27, apunta que «*se entenderá que el contrato se ha celebrado con un consumidor cuando las partes de este sean un consumidor o un usuario y un empresario*», en la misma línea que COBOS, MALLO, y SILVESTRE, 2019, p. 38, que afirman que «*no se puede sostener (...) que el titular de una VUT no sea una empresa turística de alojamiento cuando (...) [el capítulo en el que se enmarca] lleva por epígrafe, precisamente, “empresas turísticas de alojamiento”*».

rio⁶⁹, además de ostentar la plena capacidad legal⁷⁰ y ejercer el comercio en nombre propio⁷¹, debe ejercer, precisamente, la actividad económica de forma habitual, que, en esta ocasión, se equipara con el hecho de ejercer una actividad de alojamiento, una actividad que se entiende que es turística y, por lo tanto, habitual, precisamente, cuando reúna los parámetros de habitualidad establecidos en la propia normativa autonómica. Consecuentemente, el contrato de *alquiler turístico*, a diferencia de los *arrendamientos vacacionales*, además de

⁶⁹ Aunque este cuerpo normativo no define el concepto de empresario o del profesional, delimita los sujetos que llevan a cabo esos *actos de comercio*, los cuales, consecuentemente, deben someterse a su regulación bajo la noción de *comerciantes*. De esta forma, aunque no sean sinónimos –por no representar una misma realidad jurídica (en este sentido, ROJO FERNÁNDEZ RÍO, 2009, p. 41, dispone que «en la realidad actual, ya no existe correspondencia entre comercio y actividad mercantil. El comercio es solo un sector de esa actividad; y el comerciante una clase de empresario. Es necesario, pues, ofrecer un concepto general de empresario que desvincule de la primera manifestación histórica de esta figura, el comerciante, de modo tal que ese concepto sea válido con independencia del sector de la actividad económica –comercio, industria o servicios– en el que se opere»–, sí que son usados de forma indistinta (sobre este extremo, ROJO FERNÁNDEZ RÍO, 2009, p. 60, señala que «el empresario de hoy es el comerciante de ayer». Por otro lado, ILLESCAS ORTIZ, 2009, p. 107, indica acerca de los conceptos de *comerciante* y de *empresario* que «la discrepancia terminológica que esta diferencia encierra no supone, sin embargo, una antinomia conceptual: el comerciante del texto codificado es sinónimo del empresario de la legislación especial contemporánea»), tanto *comerciante* como *empresario* (A este respecto, expone ILLESCAS ORTIZ, 2009, p. 107, que «ciertamente que la definición de *empresario en sentido jurídico (...)* es mucho más amplia que el concepto de *mero comerciante (...)* *Empresario, sin embargo, será cualquier persona que reúna los datos definitorios antes indicados, con independencia de que los bienes y servicios por él ofrecidos participen de la naturaleza intermediadora, extractiva o transformadora. Es, pues, el concepto de empresario un concepto más amplio que el restringido de comerciante*»).

⁷⁰ Este requisito se completa cumpliendo las dos exigencias que se establecen en el propio artículo 4 del C. de com, el cual dispone que «*tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes*». La primera de ellas viene recogida en el artículo 315 CC, que establece la mayoría de edad en los 18 años cumplidos, artículo que se relaciona con el 322 del mismo cuerpo normativo que indica que, asimismo, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil y, entre ellos, la disposición de sus bienes sin restricción alguna.

En conclusión, toda persona mayor de edad satisface el primero de los requisitos exigidos en el artículo 1 del C. de com, con la excepción de aquellas personas que hallan sido declaradas incapaces para gobernarse a sí mismos (artículo 200 CC); y los menores de dieciocho años y los incapacitados que podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes (artículo 5 C. de com).

⁷¹ Este tercer requisito para la consideración de un ciudadano o particular como empresario no viene recogido por el C. de com., sino que se trata de una necesidad ya consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde su sentencia de 25 de marzo de 1922 y corroborado por la Doctrina (ILLESCAS ORTIZ, 2009, p. 117; y RUIZ DE VELASCO, 2007, p. 171). Esta tercera condición se establece precisamente para distinguir al empresario mercantil individual de sus colaboradores, administradores, mandatarios, representantes, etc., es decir, de aquellas personas que, al igual que aquellos, también realizan el comercio de forma habitual y profesional pero que, sin embargo, no son considerados empresarios. De esta forma logramos distinguir entre el verdadero empresario que explota su negocio, encarnado en aquella persona que dirige el negocio como la responsable final de adquirir y contraer las obligaciones derivadas de la explotación empresarial, de aquellos otros que actúan en nombre y en representación de otros, como podría ser, a título de ejemplo, el supuesto del artículo 5 del C. de com., donde el tutor no será considerado como empresario, sino el menor que heredó y que podrá actuar a través de, precisamente, un representante.

a lo dispuesto en los mencionados Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico (*ex art. 148.1.18 CE*), entendemos que queda sometido al Derecho de consumo⁷² (considerado como el conjunto de normas especializadas en la protección de los consumidores⁷³), a la normativa sobre protección de los consumidores, aplicable, precisamente, cuando un sujeto interactúe con un profesional o empresario⁷⁴. En este sentido, afirma Puente Orench⁷⁵ que «*el usuario de una VFT (...) actúa como consumidor y goza por tanto de los derechos que le otorga la normativa sobre protección a consumidores*». Por lo tanto, pese a que, en un principio, podamos considerar que el legislador autonómico fundamenta su legitimidad competencial para regular el régimen específico de los alquileres turísticos en el artículo 148.1.18.º CE, lo cierto es que, al mismo tiempo, en base a la consideración jurídica de las partes, en nuestra opinión, lo hace, igualmente, en base al artículo 51 CE, una materia de difícil delimitación⁷⁶ que, pese a estar asumida por las CC.AA., debido a su carácter multidisciplinar⁷⁷, permite al Estado legislar sobre la misma, con base, cada una de ellas, en su acervo competencial⁷⁸. De esta forma,

⁷² En el mismo sentido, DÍAZ VALÉS, 2018b, pp. 52 y 53.

⁷³ Sobre este particular, DÍAS ALABART, 2017, p. 138 determina que «*un aspecto clave de “la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores”, mencionada en el art. 51 de la Constitución es el de la contratación entre empresarios o comerciantes y consumidores, y es en este ámbito en el que existe una mayor abundancia de normas de todo tipo*». Efectivamente, el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, modificado a su vez por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que delimita el ámbito de aplicación, señala que *esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*».

⁷⁴ PANIAGUA ZURERA y MIRANDA SERRANO, 2012, p. 54: «*no hay consumidor, pues, ni en las relaciones entre particulares, ni entre empresarios (...) [únicamente] los realizados entre un consumidor o usuario y un empresario (...)*». MADRID PARRA, RCE, 2011, p. 32, se cuestiona, en la nota a pie de página n.º 15, la idoneidad de calificar jurídicamente como *consumidor* a un *particular* cuando interactúa con otro *particular*, es decir, en las conocidas relaciones p2p. La nota reza que *Desde un punto de vista jurídico sería cuestionable la calificación como consumidores, aunque halla un «consumo» de bienes o servicios, ya que éstos no son facilitados por un Empresario*».

⁷⁵ PUENTE ORENCH, 2018, p. 312.

⁷⁶ ESCRIBANO COLLADO, 1992, pp. 535 y 536, en este sentido, hace referencia a «*la ausencia de un desarrollo no sólo doctrinal, sino legislativo y jurisprudencial de los principales aspectos en que se concreta la acción de los poderes públicos en relación con los consumidores y usuarios. Lo demuestra el hecho mismo del significado y valor ordinamental de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de su posición en el sistema de fuentes en este sector de la acción administrativa, sumamente equívoca e incierta si no fuera porque su contenido variopinto y diverso nos recuerda constantemente títulos competenciales estatales heterogéneos*».

⁷⁷ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, 1995, p. 16.

⁷⁸ En este sentido, dispone El Tribunal Constitucional, en el FJ 4 de la Sentencia 88/86, de 1 de julio de 1986, que: «*La defensa del consumidor aparece así como un principio rector de la política social y económica cuya garantía la Constitución impone a todos los poderes públicos. La misma naturaleza de este objetivo, por la variedad de los ámbitos en que incide, hace que, en un Estado descentralizado como el nuestro, esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea ésta central o autonómica. En este sentido, “el derecho del consumidor” entendido como el “conjunto de reglas jurídicas que*

precisamente, tiene lugar la segunda de las características que configuran el ámbito jurídico-público o administrativo de los *alquileres turísticos*, como es (b) la imposición de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento, fundamentada, además de en el ya citado artículo 148.1.18 CE sobre turismo, en el artículo 51 CE sobre la defensa de los consumidores, unos servicios accesorios cuya finalidad es, como así señalan expresamente algunos Decretos autonómicos, *garantizar el confort y la seguridad de los turistas*⁷⁹.

Así, con la intención de proteger al turista (considerado como un consumidor y usuario⁸⁰) y garantizarle un mínimo de calidad en los destinos que se ofrecen a través de los *alquileres turísticos*, el legislador autonómico, en base al criterio de habitualidad delimitado en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, pensamos que fija el momento en el que una simple actividad de alojamiento (calificada como *arrendamiento vacacional*) pasa a ser considerada una actividad turística (calificada como un *alquiler turístico*), equiparable a la operación de un establecimiento hotelero que por definición presta servicios turísticos de alojamiento⁸¹, justificándose, de este modo, la segunda de las características de los *alquileres turísticos*, (b) la imposición de los servicios turísticos o accesorios al alojamiento orientados a la protección y al equilibrio de una presunta situación desigual⁸² entre una parte débil (el turista) y otra fuerte⁸³ (el empresario).

tienen por objeto proteger al consumidor” (STC 71/1982), difícilmente podrá encontrarse codificado en un conjunto normativo emanado de una sola de estas instancias, siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas, enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial».

⁷⁹ Exposición de Motivos del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turístico de Andalucía.

⁸⁰ En estos términos, HERRADA ROMERO, 2017, p. 238, expone que «el rasgo más relevante del contrato turístico, en cualesquiera de sus expresiones, es que constituye el paradigma del contrato de consumo o relación jurídica de consumo, pues en aquel son parte, por hipótesis, un empresario turístico y un turista o usuario de servicios turísticos, parte débil de la relación». De este modo, afirma que «el usuario de servicios turísticos goza, como usuario o consumidor, de la protección general dispensada a los consumidores todos por la LGDCU y, por razón de serlo de servicios turísticos, también del régimen especial de protección previsto en el ámbito de la actividad turística, expresado en diversas normas autonómicas, legales y reglamentarias».

⁸¹ PUENTE ORENCH, 2018, p. 300.

⁸² DE LEÓN ARCE, 2016, p. 96, apunta que *esta defensa y promoción tiene como núcleo justificativo una persona que contrata para satisfacer sus necesidades en condiciones de desigualdad frente a quienes le proporcionan los bienes y servicios que el cubrir aquellas requiere. Los criterios correctores de esta desigualdad proporcionados por la normativa jurídica forman un conjunto específico cuyo fin es la defensa y promoción de los consumidores, conjunto normativo que constituye una nueva disciplina jurídica denominada por un amplio sector doctrinal Derecho de Consumo (...)*».

⁸³ En el caso en que el consumidor (particular) interaccione con otro particular (oferente), al darse una relación entre iguales (como sucede en el arrendamiento vacacional), entonces, el Derecho de consumo no es aplicable al desaparecer la desigualdad que se trata de equilibrar. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y TORRES PÉREZ, 2011, p. 58, «se descartó que la LGDCU tuviese algo que decir en las relaciones entre particulares

En esta línea, considerando a las partes del contrato como profesionales o empresarios y consumidores y usuarios, en nuestra opinión, se elaboró, a título de ejemplo, la Exposición de motivos de la normativa autonómica vasca sobre viviendas de uso turístico, al indicar que las *viviendas particulares para uso turístico son empresas turísticas de alojamiento*», o el Decreto autonómico de Andalucía, donde, entre otros aspectos, se expone que el objetivo de la norma es la fijación de unas garantías mínimas de calidad y de seguridad para las personas usuarias turísticas⁸⁴ (pese a que, posteriormente, se trate de minimizar la relevancia jurídica de los términos jurídicos empleados para referirse a los sujetos concernidos y los consiguientes efectos jurídicos de esa acción⁸⁵). Más evidente sobre la condición jurídica de profesionales o empresarios y consumidores y usuarios de los sujetos que intervienen en los *alquileres turísticos*, se muestra la Comunidad de Madrid, que dispone que, con la finalidad de mejorar la calidad turística y la seguridad ciudadana, *los propietarios de los alojamientos turísticos quedan*

cuando ninguno de ellos actuaba empresarial o profesionalmente». Igualmente, MUÑOZ PÉREZ, 2017, p. 207, apunta que *el intercambio jurídico entre particulares no es objeto de regulación específica sino que debe remitirse a las previstas en el Derecho privado*». Ver la STJE de 5-12-2013 –Asunto C-508/12–, apartado 33: *«pues bien, procede constatar que tampoco existe un desequilibrio entre las partes en una relación contractual como la controvertida en el litigio principal, a saber entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales. Por tanto, dicha relación no puede someterse al régimen de protección aplicable respecto de consumidores que celebran contratos con personas que realizan actividades comerciales o profesionales»*.

⁸⁴ Conforme al artículo 28.1.a) de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, tiene la consideración de servicio turístico el alojamiento cuando se facilite hospedaje o estancia a las personas usuarias de servicios turísticos. Constituye el objeto de este Decreto regular las viviendas que ofertan el servicio de alojamiento turístico a fin de establecer unas mínimas garantías de calidad y seguridad para las personas usuarias turísticas. Además de lo señalado en el segundo párrafo, la necesidad de esta regulación viene dada por otras causas. Una de estas causas es la de seguridad pública. Así, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, contempla las actividades de hospedaje. Otra de las causas es la de protección de personas usuarias de servicios turísticos, una protección de sus derechos como usuarios de unos servicios específicos, de manera que el disfrute, por un lado, y la tranquilidad por otro, puedan ser garantizados, lo que se realiza mediante la exigencia de una serie de requisitos que se consideran mínimos para lograr el confort y la seguridad necesaria para los *turistas*. Además, se precisa tener un censo de viviendas con fines turísticos en Andalucía, implementado a través del Registro de Turismo de Andalucía, para eliminar su clandestinidad y la competencia desleal en la actividad turística, como instrumento eficaz en garantía de la mencionada seguridad ciudadana e, igualmente, en la lucha contra el fraude, así como para velar por el cumplimiento de unos requisitos mínimos básicos de infraestructura y de calidad, cuya exigencia supone un criterio irrenunciable de la acción de la Administración turística andaluza que, en todo caso, dispone de potestades de inspección y sancionadora como posibles medios con los que perseguir una situación irregular.

⁸⁵ Según el Decreto, el servicio que se ofrece en este tipo de alojamientos *«no supone, con carácter general, la actividad principal de la persona propietaria (...) dada la singularidad de este tipo de alojamiento, existe una proporcionalidad en la exigencia de requisitos. (...) [que] son más reducidos que los que se imponen a otros alojamientos turísticos, tratándose de requisitos relacionados más directamente con la prestación del servicio, la dotación de una calidad básica en la oferta, así como la atención y el derecho de información de las personas usuarias»*.

sujetos ahora al cumplimiento de una serie de requisitos. Entre ellos (...) poseer hojas oficiales de reclamación a disposición de los usuarios»⁸⁶. Finalmente, cabe destacar que el Ayuntamiento de Sevilla ha previsto modificar el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) para regular los alojamientos turísticos de la ciudad, una medida con la que se pretende obligar a las viviendas con fines turísticos a pedir licencia de hospedaje de carácter terciario, como hoteles, pensiones o apartamentos, limitando urbanísticamente su implantación⁸⁷.

En definitiva, creemos que el ámbito jurídico-público o administrativo de los *alquileres turísticos* se caracteriza, en primer lugar, por la condición jurídica de profesionales o empresarios y de consumidores y usuarios de las partes, a partir de la cual, consiguientemente, se fundamenta la exigencia imperativa del ofrecimiento de una serie de servicios turísticos o accesorios al alojamiento, dos elementos que se entienden aplicables a partir del criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos. En este sentido, y retomando la problemática planteada al inicio de este artículo, a nuestro juicio, la existencia de estas dos características que delimitan la esfera administrativa de los *alquileres turísticos* (con respecto a los *arrendamientos vacacionales*), por sí solas, no son suficientes para determinar el momento exacto en el que, jurídicamente, se entiende que una cesión temporal del uso de una vivienda, a título lucrativo, debe calificarse como un *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU, o, por el contrario, como un *alquiler turístico*, excluido de la LAU. En nuestra opinión, la aplicabilidad de estas características queda subordinada, al igual que la propia efectividad del apartado e) del artículo 5 de la LAU y, en definitiva, la misma existencia de la figura del *alquiler turístico*, a la aplicación del tercer elemento o característica que configura los contornos de esta figura jurídica: el criterio de habitualidad. Por lo tanto, de entre todas las características que configuran la figura del *alquiler turístico*, entendemos que el criterio de habitualidad es el elemento principal o nuclear que determina y fija tanto el momento en el que se produce la concreta exclusión de los (originalmente) *arrendamientos vacacionales* del ámbito de aplicación de la LAU ex artículo 5 e), como el nacimiento del *alquiler turístico*.

Así, y pese a que nuestra posición al respecto es contraria al parecer de la doctrina mayoritaria, en el siguiente apartado trataremos de argumentar por qué consideramos que el criterio de habitualidad

⁸⁶ Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid.

⁸⁷ https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-ayuntamiento-modificara-pgou-para-regular-alojamientos-turisticos-sevilla-201811271734_noticia.html

establecido en los distintos regímenes específicos autonómicos derivados de su normativa sectorial (los Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico), es el elemento que determina la exclusión operada por el apartado e) del artículo 5 LAU.

2.1.3 **El criterio de habitualidad: el instrumento jurídico que delimita el alquiler turístico del arrendamiento vacacional. Una posición doctrinalmente minoritaria**

Para ofrecer una respuesta a la problemática planteada en la introducción de este artículo, creemos que es necesario abstraernos de las diferentes características que delimitan los *alquileres turísticos* respecto de los *arrendamientos vacacionales* y centrarnos, con carácter previo, en el interrogante que, en base a lo anterior, creemos que no queda resuelto: ¿en qué preciso momento se entiende efectiva la exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU, y, consiguientemente, la aplicación de los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico? O, de un modo más literal, ¿En que preciso momento se considera que, como reza el propio apartado e) del artículo 5 LAU, *la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa*, debe entenderse, efectivamente, *sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*, a partir de la cual le son de aplicación las distintas características propias del ámbito jurídico-público/administrativo de los *alquileres turísticos*?

Así las cosas, a continuación, trataremos de exponer por qué defendemos, que, en contra de lo dispuesto por la corriente doctrinal mayoritaria, la respuesta al interrogante planteado se halla en el controvertido criterio de habitualidad establecido en los propios Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico (2.1.3.1), a partir del cual se determina, a su vez, el momento en el que se entienden aplicables los principales elementos que caracterizan los *alquileres turísticos* (2.1.3.2)

2.1.3.1. EL CRITERIO DE HABITUALIDAD COMO LÍMITE ENTRE LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES Y LOS ALQUILERES TURÍSTICOS

Según lo expuesto anteriormente, en nuestra opinión, el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico (que desarrollamos en el aparta-

do 3.1.1), es el instrumento jurídico empleado por nuestro legislador (en este caso, el autonómico) para fijar y delimitar el momento exacto en el que una cesión temporal del uso de una vivienda a título lucrativo, celebrada entre particulares, sin que se acuerde la inclusión de servicios complementarios o añadidos al alojamiento (puesto que, en ese supuesto, sería un contrato de hospedaje, como así desarrollaremos posteriormente), calificada tradicionalmente como un *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU, se entiende, inmediatamente, excluida (en lo relativo al ámbito jurídico-privado o civil del contrato) del ámbito de aplicación de la mencionada norma, *ex artículo 5 e)* LAU, y, al mismo tiempo, sometida al régimen jurídico establecido por el propio Decreto autonómico (en lo relativo al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato), dando como resultado la aparición de la figura del *alquiler turístico*.

Efectivamente, en base a la existencia del criterio de habitualidad, se produce la efectiva exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU y, consecuentemente, la aplicabilidad del correspondiente Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico, siéndoles de aplicación, a partir de entonces, los dos elementos que diferencian la figura de los *alquileres turísticos* de la de los *arrendamientos vacacionales*, como son la condición jurídica de profesionales o empresarios de los arrendadores y de consumidores y usuarios de los arrendatarios, y la exigencia de unos servicios turísticos o accesorios al alojamiento. Como expusimos anteriormente, es, a partir de que se entiende aplicable el Decreto autonómico en materia de viviendas de uso turístico, es decir, a partir de que se entiende que existe habitualidad en una determinada actividad de alojamiento y, por lo tanto, pasa a tener la consideración de turística, cuando, además de originarse el final de un *arrendamiento vacacional* y el correspondiente origen del *alquiler turístico*, se produce la consiguiente modificación de la configuración jurídica de los sujetos que lo protagonizan, que pasan de ser particulares (como así sucede en el supuesto de los *arrendadores vacacionales*), a empresarios/profesionales y turistas-consumidores y usuarios en los *alquileres turísticos*, por estimarse que la frecuencia de la actividad económica no se desarrolla de forma ocasional, sino mas bien habitual⁸⁸, derivando, consecuentemente, en un actividad turística, en base a la cual, efectivamente, el legislador autonómico funda-

⁸⁸ En esta dirección, DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 19, comenta que «*urge el establecimiento de un criterio de diferenciación razonable y proporcionado entre las transacciones que deben ser consideradas mero contrato de alquiler de temporada regido por el Derecho Privado y las que deben calificarse de alojamiento turístico sujeto a la regulación administrativa. A esos efectos, el criterio clave es, probablemente, la profesionalidad*».

mentará su legitimidad constitucional para abordar su regulación *ex* artículos 148.1.18 y 51 CE.

De este modo, y por este orden, se justificaría, posteriormente, la segunda característica que hemos destacado sobre los *alquileres turísticos*, que, al mismo tiempo, también sirve para diferenciarla de los *arrendamientos vacacionales*: los requisitos obligatorios de carácter puramente turístico o accesorio al alojamiento, fruto de la imposición administrativa, y no del acuerdo libre y voluntario de las partes. Así pues, y como ampliaremos posteriormente, somos partidarios de que mediante la reconfiguración del criterio de habitualidad se resolvería la «*complej[a] [tarea] de atribuir a los alquileres temporales de viviendas para uso vacacional y a los arrendamientos turísticos el régimen jurídico adecuado*»⁸⁹, delimitándose la confusa⁹⁰ línea jurídica que separa los *arrendamientos vacacionales*⁹¹ (celebrados entre particulares, sin servicios complementarios o añadidos al alojamiento ni sometidos al Derecho de consumo ni a la normativa autonómica de turismo) de los *alquileres turísticos*, que, protagonizados por profesionales y consumidores y usuarios, quedan sometidos a la normativa autonómica y al Derecho de consumo. Quedaría fijado, con precisión, el momento en el que la exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU se produce y origina la figura del *alquiler turístico*.

Por otro lado, conviene advertir que, junto al criterio de habitualidad, en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, se delimita, igualmente, otro límite temporal destinado a fijar o delimitar, precisamente, esa corta duración que caracteriza a los *alquileres turísticos*. Sin embargo, en este caso, al contrario del criterio de habitualidad, el límite temporal es de máximos⁹², y fija, cuantitativamente, el concepto de temporalidad de estas figuras jurídicas⁹³. En efecto, en el supuesto en el que una

⁸⁹ CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1215.

⁹⁰ En la Sentencia núm. 156/2016 de 7 de septiembre. JUR 2017\59652, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, se señala que es «*difícil en algunos casos determinar si nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de temporada, incluido en el ámbito del art. 3.2 LAU, o ante uno de carácter turístico o vacacional del art.5.e LAU*». En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1203, comenta que *los propietarios (...) tienen miedo a quedar fuera de la legalidad si el alcance de la exclusión se extiende a los alquileres temporales de viviendas para uso vacacional que se oferten o comercialicen en páginas web o portales inmobiliarios, dejándolos sometidos a la rígida regulación turística de las CCAA*».

⁹¹ CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1215.

⁹² El mínimo, desde nuestro punto de vista, vendría determinado por el propio criterio de habitualidad.

⁹³ Por su parte, GUILLÉN NAVARRO, *RAAP*, 2015, p. 120, dispone que «*cuando se habla de temporalidad, ésta debe analizarse desde dos puntos de vista como son la cesión mínima y máxima permitida por la normativa para esta tipología de alojamiento turístico*». En nuestra opinión, ese hipotético límite inferior-mínimo de la temporalidad lo representa, precisamente, el criterio de habitualidad, que más que un simple límite temporal-infe-

cesión temporal del uso de una vivienda superase el límite temporal máximo establecido en el propio Decreto autonómico, entonces, y de forma análoga a lo que sucedería en el extremo opuesto (en el supuesto en el que la frecuencia con la que cediese una vivienda no llegase al mínimo establecido por el criterio de habitualidad), dicha cesión temporal de vivienda no podría ser calificada como *alquiler turístico* al no ser aplicable el régimen específico derivado de su normativa sectorial, de modo que, en ese supuesto, no podría ser calificada jurídicamente como *alquiler turístico*, sino como *arrendamiento vacacional*⁹⁴. De este modo, con la delimitación de ambos criterios, fijados en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico elaboradas por cada CC. AA., creemos que el legislador, actualmente el autonómico, delimita los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*. Así, en el extremo inferior o de mínimos, el más relevante [al ser el detonante de la exclusión de los arrendamientos que opera en el apartado e) del artículo 5 LAU], quedan delimitados mediante los distintos parámetros que marcan el criterio de habitualidad, determinándose de esta forma cuál es el origen o el comienzo de los *alquileres turísticos*, y, en su extremo opuesto, mediante el límite temporal superior o de máximos, mediante el cual se delimita la temporalidad que define la corta duración de estos *alquileres turísticos*. De esta forma, una cesión temporal del uso de una vivienda, en caso de superar el límite máximo de la temporalidad, no quedaría, consecuentemente, sometida al ámbito de aplicación del propio Decreto autonómico que lo determina, siendo calificada como *arrendamiento vacacional*.

Como conclusión, y como así profundizaremos a continuación, nos reafirmamos en la idea de que el criterio de habitualidad representa el instrumento jurídico que diferencia las figuras del *arrendamiento vacacional* (LAU) y el *alquiler turístico* (excluido de la LAU), en contra de lo dispuesto por la doctrina mayoritaria, que

rior, representa el criterio a partir del cual una actividad económica, que, en principio, se ejerce de forma ocasional o no profesional, pasa a ser considerada como una práctica habitual o profesional, con las importantes consecuencias jurídicas que ello implica. Sin embargo, el límite de la temporalidad aquí establecido determina cuantitativamente el límite de lo que se considera corta duración» de una determinada cesión de vivienda para determinar su sometimiento al ámbito de aplicación del Decreto (siempre y cuando, previamente, se cumpla el requisito de habitualidad).

Por lo tanto, desde nuestra perspectiva, la temporalidad única y exclusivamente representa el límite superior-máximo.

⁹⁴ Nótese que, a diferencia de lo que sucede con el requisito de *la* temporalidad que distingue entre los arrendamientos de vivienda del artículo 2 de la LAU, y los celebrados por temporada del artículo 3.2 de la LAU (ver nota a pie de página n.º 26), en este caso, el concepto de corta duración» de los alquileres turísticos no se identifica con la finalidad a la que se destine el alquiler turístico, sino que viene fijada de forma cuantitativa, un límite que varía en función de lo dispuesto por cada CC.AA.

considera que el límite mencionado lo determina la existencia de servicios adicionales al alojamiento. Así, en contra de la posición doctrinal mayoritaria, entendemos que tanto los servicios puramente turísticos como la condición jurídica de los sujetos que los desarrollan, es decir, las características que conforman los elementos que diferencian los *alquileres turísticos* de los *arrendamientos vacacionales* (en la esfera jurídico-pública o administrativa de los contratos), tienen vigencia a partir del criterio habitualidad fijado en los mismos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, de modo que, en nuestra opinión, pensamos que ninguno de los dos puede llegar a ser, de forma independiente, el criterio principal para delimitar las dos figuras jurídicas, razón por la cual, la imposición administrativa de los mencionados servicios turísticos o accesorios al alojamiento, en base a lo anterior, entendemos que no pueden ser considerada como un instrumento jurídico que delimite los *alquileres* respecto de los *arrendamientos vacacionales*.

2.1.3.2 EL CRITERIO DE HABITUALIDAD FRENTE A LOS SERVICIOS ADICIONALES AL ALOJAMIENTO

Partiendo de la base de que las características que configuran la figura de los *alquileres turísticos* vienen fijadas en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es de presuponer que, consecuentemente, tanto los mencionados elementos que la caracterizan, como la propia figura del *alquiler turístico*, queden subordinados a la aplicabilidad de la normativa que los contiene, es decir, a los Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, las cuales, a su vez, están supeditadas a los distintos criterios de habitualidad en ellas fijados, que, precisamente, delimitan no solo el momento en el que se entienden aplicables, sino el momento en el que es efectiva la exclusión prevista en el artículo 5 e) de la LAU y, consecuentemente, se entienden aplicables las características que definen el ámbito jurídico-público de los *alquileres turísticos*.

Siguiendo esta hipótesis, tanto la obligación de ofrecer servicios turísticos o accesorios impuestos por los distintos Decretos autonómicos, como la condición jurídica de profesionales o empresarios de los arrendadores y la de consumidores y usuarios de los arrendatarios que caracterizan el ámbito jurídico-público o administrativo de los *alquileres turísticos*, dependen del límite inferior o de mínimos establecido en los propios Decretos autonómicos que representa el criterio de habitualidad. Por lo tanto, consideramos que, a partir del criterio de habitualidad, tienen lugar las dos carac-

terísticas que, en el ámbito jurídico-público o administrativo, configuran los *alquileres turísticos*, en contra del parecer mayoritario de la doctrina, que, de forma extendida, entiende que el requisito para diferenciar los *alquileres turísticos* de los *arrendamientos vacacionales* no es el criterio de habitualidad, sino la existencia de prestar unos servicios adicionales al alojamiento que se deriva, precisamente, del criterio de habitualidad.

Así las cosas, a continuación, trataremos de exponer los principales motivos por los que pensamos que la existencia de servicios adicionales al alojamiento no es el instrumento jurídico pertinente para delimitar los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*. Para llegar a esta conclusión, previamente, deberemos esclarecer otro interrogante sobre el cual no existe aun consenso: ¿el *alquiler turístico* se puede equiparar al contrato de hospedaje? En este caso, nos posicionamos en contra de esta posibilidad, defendiendo, en este sentido, que los *alquileres turísticos* no son equiparables a los contratos de hospedaje, una conclusión a la que llegaremos, en este caso sí, analizando la condición jurídica de los servicios adicionales al alojamiento, puesto que, como así desarrollaremos a continuación, en los *alquileres turísticos*, los servicios son puramente turísticos o accesorios al alojamiento, de carácter público o administrativo, mientras que los servicios que caracterizan la figura del hospedaje son complementarios o añadidos al alojamiento, por lo que, a diferencia de los anteriores, son de carácter privado o civil, propios del ámbito jurídico-privado/civil del contrato.

2.2 LA INAPLICABILIDAD DE LOS SERVICIOS ADICIONALES AL ALOJAMIENTO COMO CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE LOS ALQUILERES TURÍSTICOS Y LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES

Ante la incertidumbre que genera la problemática planteada en este artículo, con la que tratamos de discernir cuál es el instrumento jurídico que permite diferenciar el momento exacto en el que, por un lado, se produce la efectiva aplicación del apartado e) del artículo 5 LAU mediante el cual se excluye toda *cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*, así como el momento en el que se origina, consecuentemente, la figura del *alquiler turístico*, en este contexto, hemos defendido

que el criterio de habitualidad, delimitado en los distintos Decretos autonómicos [considerados como el *régimen específico, derivado de su normativa sectorial* precisado en el apartado e)], es el instrumento jurídico que sirve para solucionar esta situación incierta. Sin embargo, nuestra propuesta se contrapone a lo entendido por la doctrina mayoritaria, que considera que el instrumento jurídico que permite distinguir los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos* es la existencia o no de servicios adicionales al alojamiento.

Tras haber abordado, precedentemente, por qué consideramos que la solución jurídica a la problemática esbozada se encuentra en el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos de turismo, en el presente apartado nos detendremos en tratar de identificar y profundizar las razones principales por las cuales pensamos que, contrariamente al parecer mayoritario de la doctrina, creemos que los servicios adicionales al alojamiento no pueden ser considerados como un elemento o factor jurídico válido que responda a la problemática planteada.

Por ello, a continuación, tras analizar la visión general de la doctrina sobre este asunto, basada en la existencia de servicios adicionales al alojamiento (2.2.1) y en la hipotética equiparación entre los *alquileres turísticos* y los contratos de hospedaje, propondremos, precisamente, una clasificación de los servicios adicionales al alojamiento (2.2.2) a partir de la cual se observará que, este elemento, en lugar de servir como instrumento jurídico que delimita los *arrendamientos vacacionales* con respecto a los *alquileres turísticos* (en la línea con la problemática que se trata de solventar en este artículo), sirve para delimitar los *alquileres turísticos* con respecto a los contratos de hospedaje, (2.2.3), siendo, precisamente esta clasificación, la principal razón por la que no consideramos este elemento como el instrumento jurídico adecuado para resolver la problemática planteada (2.2.4).

2.2.1 Una posición doctrinalmente mayoritaria: los servicios adicionales al alojamiento como el instrumento jurídico clave

Como ya hemos avanzado anteriormente, la postura doctrinal mayoritaria considera que la diferencia entre las figuras del *arrendamiento vacacional* y el *alquiler turístico* se halla en la existencia de servicios adicionales al alojamiento, y no en base al criterio de habitualidad establecido en los propios Decretos normativos.

En efecto, advierte Fernández Pérez⁹⁵ que *«la doctrina civilista ha venido defendiendo con acierto, que el criterio para diferenciar un arrendamiento turístico de un arrendamiento vacacional es la prestación de determinados servicios propios de la hostelería, tales como limpieza, restauración, lavado de ropa, etc., que podrían considerarse prestaciones propias de la industria turística»*. En esta línea, Campuzano Tomé⁹⁶ dispone que *«no pueden confundirse, como parece que hace el legislador, los contratos de “arrendamiento turístico” o “alojamiento turístico” con los contratos de arrendamiento de vivienda amueblada para uso vacacional o turístico (...). Es, por tanto, la prestación de servicios la que se erige en pieza clave para calificar una actividad locativa como actividad turística; consiguientemente, son los contratos en los que el arrendador, junto con el alojamiento y la cesión del uso de la vivienda, preste otros servicios propios de la hostelería, contra los que el legislador debe centrar su atención al no encontrar encaje en la legislación arrendaticia y ser propios de la legislación turística»*. Por su parte, Martínez Cañellas⁹⁷ estima que *«la cesión de uso de viviendas con prestación de servicios turísticos es un contrato de alojamiento sujeto a los requisitos y límites de la LTIB y a su régimen sancionador. En caso de que no se presten servicios turísticos, nos encontraremos ante un arrendamiento de temporada, no regulado por la LTIB, por lo que no quedará sujeto a su régimen sancionador»*, así como Roca Fernández-Castanys⁹⁸, quien, respecto a las diferencias entre los arrendamientos vacacionales y los alquileres turísticos, señala, sobre estos últimos, que, si bien *«podría pensarse que se trata de una especie o modalidad del arrendamiento de temporada, se diferencia de éste por una serie de notas peculiares (por ejemplo, la prestación de determinados servicios a los usuarios)»*. Por otro lado, comenta Moreno-Torres Herera⁹⁹ que *«el aspecto decisivo al que hay que atender para calificar el tipo contractual en el que encaja el alojamiento VFT, es la asunción o no del deber del cedente del uso de procurar al turista, no sólo la posesión del inmueble, sino también determinados servicios»*, en la misma línea que González Cabrera¹⁰⁰, quien expone que *«es la referencia a estos servicios complementarios lo que permitirá diferenciar el contrato de hospedaje del nuevo contrato de alojamiento que se celebra para el disfrute de*

⁹⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, pp. 89 y 95.

⁹⁶ CAMPUZANO TOMÉ, *RCDI*, 2015, p. 1205.

⁹⁷ MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, p. 175.

⁹⁸ ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, *RIDETUR*, 2017, p. 7.

⁹⁹ MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 211.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 35.

las viviendas vacacionales», así como Sánchez Jordán y García García¹⁰¹, que concluyen que «por lo tanto, la caracterización del contrato va a depender del mayor o menor nivel de exigencia de la normativa autonómica –mejor, de la imposición o no de prestaciones adicionales al cedente del alojamiento– (...), ya que lo determinante es que coexistan las prestaciones caracterizadoras del contrato de hospedaje». De este modo, de forma general, la solución que plantea la doctrina a la problemática tratada en este artículo se identifica con la existencia de unos servicios adicionales al alojamiento.

Siguiendo esta hipótesis, en el caso de que aceptásemos como válida la premisa propuesta por esta corriente doctrinal, según la cual, el instrumento jurídico que determina si el régimen jurídico aplicable a una cesión temporal del uso de una vivienda, a título lucrativo, celebrada entre particulares a través de una plataforma digital, es el de los *arrendamientos vacacionales* o, por el contrario, el de los *alquileres turísticos*, fuese la existencia de unos servicios adicionales al alojamiento (y no el criterio de habitualidad), en ese supuesto, creemos que, debido a la repercusión jurídica que se deriva de la calificación jurídica de estas prácticas, concretamente en lo relativo al ámbito normativo al que se someten, sería pertinente aclarar, entonces, los siguientes interrogantes, ¿a qué tipo de servicios adicionales al alojamiento se hace referencia? ¿A que ámbito jurídico del contrato del *alquiler turístico* afectan los mencionados servicios adicionales al alojamiento? ¿Son equiparables, en exclusiva, a los servicios complementarios o añadidos al alojamiento propios de los arrendamientos complejos como contrato de hospedaje? En caso afirmativo, ¿Se puede considerar que los *alquileres turísticos* son contratos equiparables a los contratos hospedajes? En caso negativo, ¿Qué diferenciaría entonces a estos dos contratos? ¿Presentan servicios adicionales al alojamiento diferentes a los del hospedaje? De esta forma, creemos que, para poder considerar que, el ofrecimiento de unos servicios adicionales al alojamiento, representa el instrumento jurídico que distingue los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*, los interrogantes anteriores deben quedar, con carácter previo, meridianamente clarificados. Así, con la finalidad de exponer por qué pensamos que la existencia de servicios adicionales al alojamiento no es el instrumento jurídico clave para diferenciar las figuras de los *alquileres turísticos* respecto de los *arrendamientos vacacionales*, a continuación, analicemos la condición jurídica de los mismos. Para ello realizaremos una clasificación de los diferentes tipos de servicios

¹⁰¹ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178 y 184.

adicionales en dos grupos, en función de su condición jurídica y del ámbito jurídico (público o privado) del contrato en el que inciden¹⁰². De esta forma, al delimitar, con detalle, este elemento, podremos precisar, posteriormente, por qué pensamos que, concretamente, los servicios adicionales al alojamiento no sirven para delimitar los *alquileres turísticos* conforme a los *arrendamientos vacacionales*.

Advertimos al lector que, al igual que incidíamos anteriormente en la importancia del uso preciso de la nomenclatura utilizada para referenciar los *alquileres turísticos* y los *arrendamientos vacacionales*, en el presente escenario, ante las diferentes acepciones que se le otorgan a este tipo de servicios (adicionales, complementarios, turísticos, prestaciones accesorias, servicios necesarios mínimos, servicios esenciales), creemos que es conveniente proponer, igualmente, el uso de una terminología concreta y precisa para hacer referencia al instrumento jurídico utilizado, un concepto al que, como ya hemos comenzado a realizar, ya estamos haciendo referencia mediante el uso del término generalista *servicios adicionales* al alojamiento, y poder identificar el verdadero tipo de servicio adicional al alojamiento que tiene presencia en los *alquileres turísticos*, diferenciado de los servicios que caracterizan el contrato de hospedaje como un arrendamiento complejo, clasificándolos en dos tipos según su condición jurídica: los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento (de carácter público o administrativo), cuya exigencia, como expusimos anteriormente, quedaría subordinada al criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos; y los servicios *añadidos o complementarios* al alojamiento (de carácter privado o civil), cuya exigencia, a diferencia de los anteriores, queda sujeta a la libre disposición de las partes.

2.2.2 La necesaria concreción de los servicios adicionales al alojamiento: una propuesta de clasificación en base a su condición jurídica

Para exponer por qué pensamos que la existencia de servicios adicionales al alojamiento no es válida como instrumento jurídico para delimitar los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, creemos que, con carácter previo, es necesari-

¹⁰² Nos permitiremos incidir en que, en este caso, no haremos referencia a dos tipos de servicios adicionales al alojamiento que inciden, de forma concreta, en la figura de los *alquileres turísticos*, sino a una clasificación, de carácter general, de los servicios adicionales al alojamiento en base a su condición jurídica.

rio identificar y clarificar la condición jurídica, precisamente, de este elemento, de los servicios adicionales al alojamiento, con la finalidad de dar respuesta a la problemática planteada en el presente artículo.

Por ello, a continuación, y teniendo en cuenta la «*imperiosa necesidad de deslindar los aspectos puramente administrativos de aquellos civiles del contrato*»¹⁰³, ofreceremos una clasificación de los distintos servicios adicionales a los alojamientos, basada en el ámbito jurídico del contrato en el que tienen incidencia, diferenciándolos, así, en dos grupos: los servicios *accesorios o turísticos*, de carácter público o administrativo (2.3.2.1), y los servicios *complementarios o añadidos*, de carácter privado o civil (2.3.2.2), ya que «*será la valoración de cada norma sobre VFT la que nos permita concluir el carácter de normas jurídico-públicas o normas jurídico-privadas*»¹⁰⁴.

2.2.2.1 LOS SERVICIOS TURÍSTICOS O ACCESORIOS AL ALOJAMIENTO (DE CARÁCTER PÚBLICO O ADMINISTRATIVO)

Mediante el concepto de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, englobamos aquellos servicios impuestos por las CC.AA. que, como hemos hecho referencia anteriormente, son exigibles a partir de que se entienda que existe el criterio de habitualidad. Representan aquellos requisitos impuestos por el legislador autonómico, en base al artículo 148.1.18 y 51 CE, con la finalidad de garantizar una calidad mínima del servicio y la protección al turista (en su calidad de consumidor y usuario). Se caracterizan porque tienen incidencia en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato¹⁰⁵, afectando exclusivamente a la relación que se crea entre el oferente del servicio de alojamiento (ahora considerado empresario turístico) y la administración pública competente, que impone, precisamente, su obligatoriedad, sobre los cuales, las partes, excepto si la norma prevé lo contrario, no pueden disponer libremente sobre su aplicación o no. A título de ejemplo, podemos referirnos a la obligatoriedad de recogida de basura, la conservación de la vivienda, la limpieza, la atención permanente al usuario, el alta en un registro de actividades turísticas, la obligación de mostrar una placa identificativa, la presencia de hojas de reclamaciones, entre otros.

¹⁰³ MURGA FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, 2018, p. 58.

¹⁰⁴ LÓPEZ BARBA, 2018, p. 272.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178, hacen una clasificación de estos servicios.

Son servicios accesorios a la prestación principal que se acuerda en el contrato de arrendamiento, es decir, al alojamiento, y carecen, como tales, de una entidad jurídica suficiente como para ser tratados de forma independiente al alojamiento (al contrario de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), de modo que dependen de la prestación principal acordada en el contrato y, consecuentemente, quedan absorbidas dentro del contrato de arrendamiento. Con este tipo de servicios, en gran medida, se tratan de precisar y ampliar las exigencias mínimas exigidas para los *arrendamientos vacacionales* (entendidos como el origen de los *alquileres turísticos*) respecto a la habitabilidad de la vivienda y la exigencia de que esté amueblada y en condiciones de uso inmediato, representando «*una serie de exigencias que responden, en parte, a la necesidad de permitir su uso inmediato (y aquí incluiríamos no solo los requerimientos básicos de habitabilidad, salubridad o seguridad que debe cumplir cualquier inmueble para ser susceptible de ser cedido temporalmente a cambio de un precio (...) sino también al mobiliario y equipamiento que podríamos considerar básico o esencial)*»¹⁰⁶. En esta línea, pensamos que la finalidad de estos requisitos es, efectivamente, la de fijar, por parte de la administración pública, las *condiciones de uso inmediato* que ya se exigen en el artículo 5 e) LAU para que se produzca la efectiva exclusión de los arrendamientos vacacionales como tales, en un sentido análogo al fallo pronunciado por la Audiencia Provincial de Madrid expuesta anteriormente, en el que se estimaba que la falta de limpieza e inadecuación del apartamento arrendado por una corta duración durante el mes de agosto es contrario a su destino, lo que reforzaría el argumento de que *no es preciso someter a este tipo de sujetos o actividades a una intervención administrativa siquiera bajo formas aligeradas de habilitación*¹⁰⁷, al ser unas garantías amparadas por el Derecho civil¹⁰⁸, concretamente por el artículo 1544 CC. A mayor abundamiento, como parte de los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, entendemos que, igualmente, se circunscriben la exigencia de la prestación de suministros como el agua, luz y gas, incluidos dentro del precio, en la línea seguida por el propio Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales, en su artículo 11.1, donde señalaba, precisamente, que, como parte de este tipo de servicios, *en el precio del apartamento turístico estarán siempre comprendidos los siguientes servicios: a) El sumi-*

¹⁰⁶ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 172.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 321.

¹⁰⁸ DESDENTADO DAROCA, 2019a, pp. 43 y 44

nistro de agua. b) El suministro de energía eléctrica. c) El suministro de energía para la cocina, calefacción y agua caliente. d) La entrega del alojamiento, mobiliario, instalaciones y equipo del mismo, en las debidas condiciones de limpieza y de conformidad con lo que se establezca en la reglamentación. e) La recogida de basuras. f) La atención al usuario durante el tiempo que dure la ocupación del alojamiento en todos aquellos asuntos relacionados con los servicios, tanto obligatorios como voluntarios, cuando éstos hayan sido aceptados por el cliente».

De esta forma, los servicios *turísticos o accesorios* los concebimos como aquellos que no presentan, en principio, dudas sobre su constitucionalidad, dictaminados por el legislador autonómico en base al reparto de competencias *ex* 148.1.18 y 51 CE, relativos al turismo y a la defensa de los consumidores, respectivamente, aplicables, como señalábamos anteriormente, al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato desde que se entienda que se reúnen las condiciones y los parámetros establecidos sobre el criterio de habitualidad establecido en el mismo cuerpo normativo. Sin embargo, la aplicabilidad de estos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, al estar subordinada al criterio de habitualidad establecido en el régimen específico de los alquileres turísticos, que es delimitado por el propio legislador autonómico, no está exenta de polémica debido a los continuos excesos de competencia que protagonizan, precisamente, las CC.AA.¹⁰⁹. En efecto, al tratarse de medidas transversales, la imposición administrativa estos servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento que, en principio, se circunscriben, exclusivamente, a la dimensión jurídico-pública del contrato, son susceptibles de influir en la dimensión jurídico-privada del mismo, una materia exclusiva del Estado¹¹⁰ *ex* artículo 149.1.8.º CE, produciéndose, con ello, un exceso competen-

¹⁰⁹ En otros, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *RDP*, 2009, p. 4, critica que, algunas CC.AA., amparándose formalmente en la necesidad de hacer aflorar un importante volumen de ingresos que hasta entonces había permanecido en la más absoluta clandestinidad –con el consiguiente perjuicio para las arcas generales–, así como en la conveniencia de incrementar los niveles de calidad de un sector económico de primera magnitud en nuestro país como es el turismo, y haciendo caso omiso de las reglas de distribución competencial contenidas en la Constitución –o, al menos, efectuando una particular interpretación de las mismas–, «proceden al diseño de normativas propias reguladoras de este concreto aspecto del sector turístico, llegando a inmiscuirse en ámbitos reservados por el artículo 149.1.8.º CE al legislador estatal, como es el que incide en las bases de las obligaciones contractuales».

¹¹⁰ En este sentido, OTERO COBOS, 2019, pp. 339 y 340, señala que «a pesar de situarnos en un espacio de Derecho privado, (...) en determinados momentos el Derecho público entra a regular cuestiones eminentemente privadas y resulta difícil delimitar cuáles son las fronteras entre ambos sistemas. Un ejemplo de esta circunstancia la tenemos con los alojamientos turísticos y, en concreto, con las viviendas de uso turístico».

cial¹¹¹ por parte de las CC.AA. sobre títulos exclusivos del Estado. En esta línea, advierte Bello Janeiro¹¹² que esto es una práctica tan común¹¹³ que algunas de las leyes autonómicas que vulneran el art. 149.1.8.^a siguen conservando su constitucionalidad. Es más, esta posibilidad se intensifica teniendo en cuenta la cuestionada¹¹⁴ jurisprudencia del TC sobre los límites competenciales entre Estado y CC.AA., calificada de incoherente¹¹⁵ y contradictoria¹¹⁶, hasta el punto de lamentarse que *el TC ha perdido la ocasión de pronunciarse de una manera precisa sobre el 149.1.8.^o para poner fin a las discusiones doctrinales sobre el alcance del mismo*¹¹⁷.

En este contexto, es pertinente plantear la siguiente cuestión: ¿tienen competencia las CC.AA. para imponer los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento? Sobre este asunto, la doctrina se ha pronunciado favorablemente sobre la legitimidad del legislador autonómico para imponer la obligatoriedad de unos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento. Así, Carrasco Perera y Cordero Lobato¹¹⁸ concluyen que, aunque la jurisprudencia de nuestro TC, hasta el presente, no haya sido lo suficientemente explícita al respecto¹¹⁹, pueden responderse afirmativamente estos interrogantes

¹¹¹ Explica ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 540, que «*De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, corresponde al Estado la competencia sobre todas aquellas determinaciones legales que, orientadas a la defensa de los consumidores, "afecten al contenido de los contratos", es decir, a los derechos y obligaciones de las partes. Tal es el caso del derecho de los consumidores a exigir del empresario una información veraz sobre el producto, que pueda servir de base a una reclamación. (...) Asimismo forma parte de la competencia estatal sobre la legislación civil, la determinación del régimen de la responsabilidad, mediante la creación de nuevos criterios o presupuestos para exigirla (FJ 11 de la STC 71/1982) así como del régimen de garantías, mediante el establecimiento de un servicio de postventa obligatorio (FJ 17 de la STC 71/1982)*».

¹¹² Citado por ACEDO PENCO, 2010, pp. 248 y 249.

¹¹³ En este sentido la doctrina es unánime. Entre otros: ACEDO PENCO, 2010, p. 247; SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, p. 124; MONTES RODRÍGUEZ, 2016, pp. 209 y 210; CAMPUZANO TOMÉ, 2015, pp. 1211 y 1212; MARTOS CALABRÚS, 2014, pp. 93 y 94; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 90.

¹¹⁴ CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, opina que el TC se ha excedido al «*estimar la validez de disposiciones autonómicas que contienen prohibiciones o crean obligaciones "contractuales", bajo la presuposición de que no incorporan ninguna consecuencia jurídica interprivados para el caso de contravención: por ejemplo, la prohibición de oferta condicionada a la obtención de productos o servicios. Se trata de convertir la infracción de obligaciones contractuales en ilícito administrativo*». Información extraída de MARTOS CALABRÚS, 2014, p. 93.

¹¹⁵ PARRA LUCÁN, RJN, 1987, p. 162, en relación a la competencia de las CC.AA. sobre la defensa de los consumidores, «*el TC no ha mantenido una postura clara ni coherente en ninguna de las dos sentencias comentadas [71/1982, de 30 de noviembre y 88/1986, de 1 de julio]*».

¹¹⁶ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, RPC, 1995, p. 10.

¹¹⁷ ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 544.

¹¹⁸ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, RPC, 1995, p. 28.

¹¹⁹ DURBÁN MARTÍ, RPC, 2016, pp. 269 y 272 critica que «*pareciera que existe una calculada ambigüedad en las consideraciones que realiza el TC a este respecto para evitar, con la doble alusión de títulos competenciales, abordar la complejidad que encierra, en particular, el art. 149.1.8.^a CE*». Así, continúa apuntando que «*de esta forma, el TC*

siempre que la norma autonómica que sancione administrativamente la infracción de obligaciones contractuales no conlleve ningún efecto jurídico inter-privados¹²⁰. Añade Fernández Pérez¹²¹ que el TC se ha mostrado vacilante y excesivamente ambiguo, en particular cuando una norma autonómica impone a una de las partes del contrato un determinado deber frente a la CC.AA. correspondiente en virtud de la cual se mejore la prestación que debe darse al tercero¹²². Así, como señala esta autora, el TC ha considerado que formalmente no se ha configurado un derecho y una correlativa obligación, y ello ha permitido estimar como válidas normas autonómicas en las que se incluyen prohibiciones o se establecen verdaderas obligaciones de carácter contractual¹²³, bajo la premisa de que realmente no hay consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento vinculadas a la validez del contrato, con mayor notoriedad respecto a la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores¹²⁴. No obstante, añade Fernández Pérez que el incumplimiento de una obligación contractual se convierte en ilícito administrativo sancionable por la autori-

escamotea la complejidad que encierra el precepto y elude profundizar en su exégesis propiciando con ello la existencia de importantes lagunas interpretativas de entre las que procede destacar».

¹²⁰ En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, *RJN*, 1987, p. 154, apunta que «en opinión del T.C. al corresponder la competencia sobre viviendas al poder autonómico este puede imponer a los que ofertan viviendas la obligación de ofrecer información sobre las características, calidades y condiciones de las mismas siempre que, el incumplimiento de tal obligación, caso de llegarse a celebrar el contrato, tuviera el tratamiento de la legislación civil común».

¹²¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 75.

¹²² En este sentido, ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 541, comenta que, pese a que en materia de legislación mercantil, las Comunidades Autónomas no pueden innovar el marco jurídico vigente regulador de las relaciones comerciales, «hay, no obstante, una zona de difícil delimitación a priori, constituida por la posibilidad de establecimiento de controles administrativos previos, por la exigencia de condiciones o requisitos determinados que entran dentro del ámbito de las limitaciones administrativas de derechos, compatibles con la libertad de empresa y que sirven a diversos intereses generales o locales».

¹²³ Sobre los servicios básicos, ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, p. 609, considera que tanto el suministro de agua, energía eléctrica, calefacción, refrigeración, limpieza a la entrada de nuevos usuarios y el uso de ropa de cama y baño y de menaje (art. 8.1) conforman «los denominados “servicios básicos”, que acompañan a la cesión de la vivienda, de forma que el turista obtenga no solamente el uso pasivo del local y su mobiliario, como ocurre con el alquiler de vivienda amueblada, sino los beneficios activos y pasivos de un hogar, por lo que las prestaciones vinculadas a la cesión de la vivienda de uso turístico exceden de las propias de un arrendamiento ordinario, siendo, por el contrario, propias de la hostelería (Franch Fluxá y Ribas Conrado, 2013: 42-43)». Asimismo, finalmente precisa sobre estos servicios que «Tales prestaciones no pueden confundirse tampoco con los servicios complementarios característicos de los apartamentos turísticos, pues éstos exceden de los habituales de un hogar, como sucede con la limpieza diaria o el servicio de recepción».

¹²⁴ ESCRIBANO COLLADO, 1992, p. 544, precisa que aunque predomine el carácter programático de las previsiones que se contienen en cada una de las leyes existentes, «(...) hay que destacar que se trata de una materia donde la ley autonómica corre un mayor peligro de invadir las competencias del Estado, definiendo derechos y obligaciones de los consumidores y de los fabricantes o comerciantes, que afectan a la legislación civil, mercantil, laboral, etc.».

dad autonómica correspondiente, de tal que, *en el caso de las normas autonómicas que regulan los denominados «arrendamientos turísticos», las Comunidades Autónomas claramente inciden en aspectos contractuales para los que no tienen competencia»; una conclusión matizada por Martos Calabrús¹²⁵, quien puntualiza que en los casos en que la norma autonómica imponga un deber a una parte contractual frente a la Administración que beneficie a la otra parte, como puedan ser, por ejemplo, los requisitos de calidad en la vivienda, aunque sea evidente que se ha influido en la regulación contractual¹²⁶, también lo es que *stricto sensu* no se habrán creado obligaciones inter partes¹²⁷. De esta forma, todo esto ha permitido que, como afirma Fernández Pérez «se estimen como válidas normas autonómicas en las que se incluyen prohibiciones o se establecen verdaderas obligaciones de carácter contractual», bajo la premisa de que realmente no hay consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento vinculadas a la validez del contrato, de modo que se convierte el incumplimiento de una obligación contractual en un ilícito administrativo sancionable por tanto por la autoridad autonómica correspondiente.*

Por ello, siguiendo la línea doctrinal expuesta, consideramos que las CC.AA. son legítimamente competentes para imponer a los arrendadores una serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento orientados a la protección del arrendatario-turista en su condición jurídica de consumidores y usuarios, siempre y cuando

¹²⁵ MARTOS CALABRÚS, RDC, 2014, p. 93.

¹²⁶ GARCÍA GARCÍA, 2005, p. 110, comenta que así, si bien es cierto que en el art. 149.1.8.^a de la Constitución reserva al Estado la competencia sobre “legislación civil”, exclusiva y sin perjuicio de las competencias sobre derecho civil propio para aquellas CC.AA. donde éste exista; no es menos cierto que determinadas competencias enumeradas en el art. 148 como asumibles, por vía estatutaria, por las CC.AA., podrían justificar tal incidencia normativa de las CC.AA. sin derecho civil propio en un amplio abanico de materias o instituciones tradicionalmente identificadas como derecho civil. La ordenación del suelo y la vivienda, la protección al consumidor, agricultura, turismo,... son todos sectores materiales sobre los que las CC.AA. pueden asumir competencias con el carácter de exclusivas, y en cuya ordenación pueden, tales CC.AA., de una u otra manera, directa o incidentalmente, penetrar en el ámbito del Derecho Civil. (...) con ello se admitiría la existencia de lo que, para algunos autores, podría denominarse “Derecho civil autonómico no foral”, esto es, un derecho civil promulgado no sobre la base de la existencia de un derecho civil foral o especial propio en el momento de entrar en vigor la Constitución Española de 1978 (competencia que ampararía el propio art. 149.1.8.^a, con las salvedades que se reservan en él «en todo caso» al Estado), sino, antes bien, de un derecho civil de nuevo cuño, formado con ocasión de la regulación sectorial de ciertas materias de competencia exclusiva de las CC.AA., y por tanto al amparo del citado art. 148 CE y de los respectivos Estatutos de Autonomía».

¹²⁷ Finaliza MARTOS CALABRÚS, RDC, 2014, p. 93. exponiendo que a fin de cuentas, se ha acabado configurando de alguna manera el contrato, pero para afirmarlo no hace falta acudir a una interpretación más o menos lata del artículo 149.1.8.^a CE; basta con el artículo 1258 del Código Civil, por el que los contratos se integran por «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», que puede ser estatal o autonómica».

sean de índole meramente administrativa»¹²⁸ y no afecten al ámbito jurídico-privado/civil del contrato¹²⁹, puesto que, en esos casos, son susceptibles de ser inconstitucionales¹³⁰. Precisamente, es este límite, basado en el ámbito jurídico del contrato, en el que nos basamos para delimitar los servicios adicionales al alojamiento en dos: por un lado, los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, que afectan al ámbito jurídico-público o administrativo, los cuales pueden ser exigidos por las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias, y, por el otro lado, los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, propios de la esfera jurídico-privada/civil del contrato, sobre los cuales no son competentes para legislar ni imponer ningún tipo de obligación inter-partes las CC.AA. Justamente, sobre este principio, fundamentaremos, posteriormente, por qué, en nuestra opinión, los *alquileres turísticos* no son equiparables a los contratos de hospedaje¹³¹, los cuales, precisamente, están delimitados por servicios adicionales al alojamiento que afectan a la esfera jurídico-privada/civil del contrato, concretamente por los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, aquellos que

¹²⁸ STC 284/1993, de 30 de septiembre de 1993, FJ 2.

¹²⁹ En este sentido, para FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 182, «en ningún caso las Comunidades autónomas tienen competencia para regular los aspectos jurídico-privados de la relación que se establece entre el arrendador y el inquilino, anfitrión y huésped (...) en ningún caso parece que resulte propio de la ordenación turística que haya ducha en lugar de bañera, que haya toalleros, o que haya determinados electrodomésticos».

¹³⁰ MURGA FERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, 2018, p. 59, comentan que «comprobaremos que, en ocasiones, tales requisitos pueden tildarse de inconstitucionales, ya que inciden claramente sobre aspectos de carácter puramente civil del contrato».

¹³¹ En este sentido, y a modo de adelanto, pensamos que ambas figuras no son jurídicamente asimilables, porque, mientras los *alquileres turísticos* traen causa en la exclusión expresa de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU operada en el artículo 5 e), el contrato de hospedaje, sin embargo, en ningún momento es susceptible de someterse al ámbito de aplicación de la LAU, y esto, precisamente, por la existencia de unos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, contratados y acordados libremente por las partes, circunscritos a la esfera jurídico-privada/civil del contrato, los cuales no se encuentran, en cambio, en la esfera jurídico-privada o civil de los *alquileres turísticos*. De este modo, a nuestro juicio, la diferencia entre ambas figuras se observa en la existencia de unos servicios complementarios o añadidos al alojamiento propios del ámbito jurídico-privado de ambos contratos, que son diferentes, y así enlazamos con la esfera jurídico-pública de los contratos, y como tales deben distinguirse de los distintos tipos de servicios puramente turísticos o accesorios, de carácter administrativo, que, por otro lado, imponen las CC.AA., efectivamente, en los alojamientos que desarrollan una actividad turística, como así sucede con el *alojamiento turístico*, pero, igualmente, con los contratos de hospedaje, unos servicios que, a diferencia de los anteriores, se producen, en este caso, en el ámbito jurídico-público/administrativo, y no son acordados libremente por las partes del contrato. Esta es razón principal por la que, en nuestra opinión, los *alquileres turísticos* no se asimilan jurídicamente los contratos de hospedaje. Sin embargo, como observaremos posteriormente, la doctrina mayoritaria se muestra contraria a nuestra propuesta y equipara los *alquileres turísticos* a los hospedajes al tratar como iguales los distintos servicios mencionados, sin valorar, a nuestro juicio, los diferentes tipos de servicios adicionales al alojamiento que existen en base a los distintos ámbitos jurídicos (público y privado) en los que aquellos se circunscriben.

las CC.AA. no pueden imponer ni exigir, por carecer de legitimidad constitucional para ello.

2.2.2.2 LOS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS O AÑADIDOS AL ALOJAMIENTO (DE CARÁCTER PRIVADO O CIVIL)

Al contrario de lo que sucede con los servicios *turísticos o accesorios* del alojamiento, en el caso de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, estos, no pueden ser impuestos o exigidos por parte de las CC.AA. *ex* artículo 148.1.18 y 51 CE, puesto que no gozan de competencia constitucional para ello.

En efecto, este tipo de servicios *complementarios o añadidos* únicamente pueden ser estipulados libremente por las partes, o venir regulados por el legislador estatal en el ejercicio de sus competencias (que, en el caso de los *alquileres turísticos*, no es el caso), pero en ningún caso por el legislador autonómico (excepto en aquellas CC.AA. que tengan competencia para ello), ya que se circunscriben a la esfera jurídico-privada del contrato, de ahí que se hable de la inconstitucionalidad de algunos servicios adicionales al alojamiento impuestos por las CC.AA. Se trata de servicios adicionales *complementarios o añadidos* al servicio original de alojamiento que se ofrece en los contratos de arrendamientos urbanos, de tal entidad que gozan de naturaleza jurídica propia, sometidos a su propio régimen jurídico independiente al del arrendamiento de vivienda, siendo, precisamente, esta característica, la que, como posteriormente observaremos, condiciona la calificación jurídica de los contratos que los contienen como arrendamientos urbanos complejos. A título de ejemplo, hacemos referencia al servicio de depósito, de caja fuerte, de comidas, de habitaciones, entre otros, que las partes pueden pactar libremente y añadir al servicio de alojamiento propio del arrendamiento urbano. En este sentido, los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento caracterizan, como así observaremos en el siguiente apartado, la figura jurídica de los arrendamientos complejos, dentro de los cuales se inscribe el contrato de hospedaje.

Justamente, el carácter jurídico-privado/civil de estos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, junto a la regulación jurídica de estos servicios, que es independiente de la de los arrendamientos, es lo que determina la calificación jurídica de los contratos en los que se inscriben, independientemente de la cantidad de los servicios de esta naturaleza que puedan acordarse. Siguiendo este razonamiento, en el contexto de la calificación jurídica del contrato de *alquiler turístico*, caracterizados por la imposición

de una serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento (propios de la esfera jurídico-pública o administrativa del contrato) por parte del legislador autonómico, cuya delimitación jurídica es muy diferente a la de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, no compartimos la reflexión de Sánchez Jordán y García García¹³² cuando afirman que «*la caracterización del contrato va a depender del mayor o menor nivel de exigencia de la normativa autonómica –mejor, de la imposición o no de prestaciones adicionales al cedente del alojamiento–*». En este sentido, si bien es cierto que las CC.AA. están legitimadas *ex* artículo 148.1.18 y 51 CE para establecer las exigencias turísticas que consideren oportunas con el fin de garantizar la calidad mínima del servicio y proteger al turista, concretizadas en la imposición de los diferentes servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, que varían de una CC.AA. a otra, así como su nivel de exigencia, no lo es menos que la delimitación jurídica de estos servicios *turísticos o accesorios* que caracterizan los *alquileres turísticos*, debe ser, en todo momento, de carácter jurídico-pública o administrativa, y no pueden, bajo ningún concepto, influir en la esfera jurídico-privada/civil de los mismos. Por esta razón, retomando la afirmación anterior, insistimos en que no pensamos que *la imposición o no de prestaciones adicionales al cedente del alojamiento* sea un elemento determinante para *la caracterización del contrato*, ya que, estos, es decir, los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, al tener que ser, en todo momento, de carácter administrativo¹³³, hacen que la calificación jurídica del contrato sea, en nuestra opinión, consecuentemente, la de un *alquiler turístico* y no la de un arrendamiento urbano complejo. Es más, en la hipótesis en la que la exigencia de una CC.AA. traspasase (como así sucede en ocasiones) el ámbito jurídico-público del contrato, imponiendo, en este caso, la obligatoriedad de unos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, entendemos que no modificaría la condición jurídica del contrato de *alquiler turístico* a hospedaje, puesto que, en esencia, dicha obligación sería de carácter inconstitucional *ex* artículo 149.1.8 CE. Así las cosas, nos reafirmamos en la opinión de que los *alquileres turísticos* se caracterizan por la obligatoriedad de servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento, impuestos por

¹³² SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178.

¹³³ En esta línea pensamos que podemos situar lo expuesto por MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 211, quien comenta que «*el aspecto decisivo al que hay que hay que atender para calificar el tipo contractual en el que encaja el alojamiento VFT, es la asunción o no del deber del cedente del uso de procurar al turista, no sólo la posesión del inmueble, sino también determinados servicios. Hay que añadir, además, que no puede entenderse que ocurre esto último por el mero hecho de que se impongan al cedente del uso ciertas exigencias en lo relativo al equipamiento de la vivienda*».

las CC.AA. sobre la esfera jurídico-pública o administrativa del contrato, los cuales, de ningún modo podrán ser considerados como *complementarios o añadidos* al alojamiento propios del ámbito jurídico-privado o civil del mismo, ni, consiguientemente, asimilarse a la figura del hospedaje.

La relevancia jurídico-práctica de la clasificación de los servicios adicionales al alojamiento que acabamos de exponer, mediante la cual los diferenciamos en *turísticos o accesorios* cuando influyen en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, y *complementarios o añadidos* cuando hacen lo propio en la esfera jurídico-privada o civil, se observa, precisamente, en el análisis de la corriente doctrinal que entiende que la existencia de servicios adicionales al alojamiento representa el instrumento jurídico que delimita las figuras del *alquiler turístico* y del *arrendamiento vacacional*. De esta forma, fundamentándonos en lo anterior, podemos argumentar que, mientras, por un lado, la doctrina mayoritaria sostiene que, para determinar si la condición jurídica de una cesión temporal de una vivienda se corresponde con la de un *arrendamiento vacacional* o, en cambio, con la de un *alquiler turístico*, defendiendo que, para ello, debe observarse la existencia de servicios adicionales al alojamiento, al equipararse el *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje y generar que, finalmente, en lugar de entre un *arrendamiento vacacional* o un *alquiler turístico*, la elección orbite, en realidad, entre un *arrendamiento vacacional* y un contrato de hospedaje, por el otro lado, totalmente en contra de esta corriente, nosotros podremos proponer, en su lugar, el criterio de habitualidad delimitado en los distintos Decretos autonómicos como instrumento jurídico determinante para diferenciar, efectivamente, entre un *arrendamiento vacacional* y un *alquiler turístico*. Por lo tanto, en base, precisamente, a la clasificación de los diferentes servicios adicionales al alojamiento, al diferenciar los *alquileres turísticos* de los contratos de hospedaje, proponemos que, precisamente, la diferenciación entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos* se determina, actualmente, a través del criterio de habitualidad establecido en los diferentes Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico, a partir del cual, efectivamente, son aplicables los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, los cuales nada tienen que ver con los *complementarios o añadidos* de los hospedajes. De este modo, concluimos que, entonces, los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento no tienen lugar en los *alquileres turísticos* si, como así hemos expuesto anteriormente, consideramos que tienen su origen en la exclusión expresa del *arrendamiento vacacional* del apartado e)

del artículo 5 LAU, lo que anularía la eventual posibilidad de que las partes del contrato hubieran podido llevar cualquier tipo de acuerdo (en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato) relativo a cualquier tipo de acuerdo sobre la inclusión o no de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento.

Así las cosas, basándonos en la clasificación que hemos propuesto sobre los distintos servicios adicionales al alojamiento, fundamentada en el carácter jurídico híbrido (público y privado) de los contratos, a continuación, expondremos por qué pensamos que la figura jurídica del *alquiler turístico* no es equiparable a la del contrato de hospedaje, una idea a partir de la cual fundamentamos, definitivamente, que los servicios adicionales al alojamiento no son el instrumento jurídico para diferenciar los *alquileres turísticos* de los *arrendamientos vacacionales*.

2.2.3 El alquiler turístico no se puede equiparar al contrato de hospedaje

En nuestra opinión, la falta de precisión en las distintas referencias a los servicios adicionales al alojamiento, que no diferencia, de forma clara, entre los servicios *turísticos o accesorios* (de carácter público o administrativo) y los servicios *complementarios o añadidos* (de carácter privado o civil), es la principal razón por la que, además de plantearse el interrogante sobre la equiparación o no entre las figuras jurídicas del *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje¹³⁴, el resultado de este sea que «*la mayor parte de la doctrina*¹³⁵ *defiend[a] que esta relación se enmarca en el contrato de hospedaje*»¹³⁶.

Sin embargo, y como así trataremos de exponer a continuación, pensamos que la respuesta al debate planteado debe ser negativa¹³⁷.

¹³⁴ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178, comentan que se debe de dilucidar «*si la cesión de este tipo de viviendas encaja o no en el concepto de hospedaje –que, obviamente, será extrahotelero– (...) o si, en cambio, nos permite concluir que nos encontramos ante modalidades contractuales completamente autónomas entre sí*».

¹³⁵ Entre otros, a favor de la consideración de los alquileres turísticos como hospedajes, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 41; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 161; SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 184.

¹³⁶ GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 34.

¹³⁷ En nuestra misma línea, aunque con una motivación distinta, MOYA BALLESTER, 2019, pp. 155 y 156, justifica su no equiparación al contrato de hospedaje en base a que «*el contrato aquí analizado carece de la prestación de dichos servicios, lo que necesariamente le acerca a la órbita de los contratos de arrendamiento de cosas. (...) La asimilación de este contrato a la figura del alojamiento hotelero genera graves problemas pues en él no concurre la pluralidad de servicios que se configuran como elementos caracterizadores del contrato de alojamiento. En este sentido no resulta aventurado concluir que la figura objeto de análisis guarda mayores similitudes con el arrendamiento de cosa que con*

Para desarrollar nuestro punto de vista, es imprescindible volver a incidir en el hecho de que la figura del *alquiler turístico* es consecuencia de la exclusión de los supuestos de hecho que, en origen y en esencia, reunían las características fundamentales para ser calificados como *arrendamientos vacacionales*, pero que, por englobar los parámetros de la habitualidad establecidos en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, en base al apartado e) del artículo 5 LAU, quedan finalmente excluidos de su ámbito de aplicación¹³⁸ (2.2.3.1). Así, posteriormente, al analizar, por separado, los arrendamientos urbanos complejos y observar que se caracterizan, principalmente, por ofrecer unos servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (2.2.3.2), podremos concluir que, efectivamente, las figuras jurídicas del *alquiler turístico* y del hospedaje no son equivalentes, precisamente, por el tipo de servicios adicionales al alojamiento (2.2.3.3).

2.2.3.1 EL ARRENDAMIENTO VACACIONAL COMO BASE DEL ALQUILER TURÍSTICO

Para considerar que la existencia de una serie de servicios adicionales al alojamiento no es el instrumento jurídico que delimita y diferencia los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*, partiremos de la premisa de que los *alquileres turísticos* traen causa de la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU ex artículo 5 e), es decir, que el *alquiler turístico* es un tipo de *arrendamiento vacacional* expresamente excluido de la LAU¹³⁹.

En efecto, al aceptar que el *alquiler turístico* proviene de un *arrendamiento vacacional*, concluimos que, consecuentemente, los servicios adicionales al alojamiento que caracterizan los *alquileres turísticos* son puramente *turísticos o accesorios*, de naturaleza jurídico-pública o administrativa, impuestos por el legislador autonómico, exigibles desde que se entiende que se da el criterio

los arrendamientos de servicios, pues la obligación fundamental a cargo del deudor no es otra que la cesión de la unidad habitacional para su uso. (...) Por todo ello debemos concluir que el régimen jurídico supletorio aplicable a esta figura será el contenido en el código civil para el arrendamiento de cosas».

¹³⁸ En esta línea, SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 163.

¹³⁹ En nuestra misma línea, entre otros, ALCOVER POVO, 2019, p. 174, dispone que «es común situar el inicio del desarrollo legislativo de las viviendas de uso turístico en la modificación operada en el artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, por parte de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Desde ese momento, si no antes, el contrato de cesión de viviendas, antes amparado por las normas reguladoras del contrato de arrendamiento de temporada, quedo sujeto a la normativa específica aprobada por las Comunidades Autónomas», o ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 30, quien afirma que hasta el año 2013 los contratos de arrendamiento de viviendas para uso turístico se regulaban (...) dentro (...) de los arrendamientos de temporada».

de habitualidad y, consiguientemente, desde que se produce la efectiva exclusión del *arrendamiento vacacional* de la LAU (y se origina el *alquiler turístico*). De esta forma, creemos que bajo ningún concepto pueden los servicios adicionales impuestos por las CC.AA. en los *alquileres turísticos* ostentar la condición de *complementarios o añadidos* al alojamiento, de naturaleza jurídica-privada o civil, puesto que, en esa hipótesis, se entendería que, por lo tanto, la figura del *alquiler turístico*, en lugar de traer causa en los *arrendamientos vacacionales* (caracterizados por ser un arrendamiento urbano simple, sin servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), tendría origen en los arrendamientos complejos (hospedaje), caracterizados, precisamente, por la existencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento propios del ámbito jurídico-privado del contrato, de modo que la premisa anterior quedaría invalidada. Justamente, y como así observaremos en el siguiente apartado, la principal diferencia que existe entre los arrendamientos urbanos simples, como el *arrendamiento vacacional*, sometidos a la LAU, y los arrendamientos urbanos complejos como el hospedaje, no sometidos al ámbito de aplicación de la LAU, es, precisamente, la existencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, propios de la esfera jurídico-privada del contrato, en los arrendamientos urbanos complejos (hospedaje). En este punto, cabe recordar que la problemática que se plantea con la exclusión producida con la introducción de la letra e) del artículo 5 LAU, versa sobre la delimitación jurídica de los *alquileres turísticos* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, de los que procede. Por esta razón, nos mostramos contrarios con la hipótesis según la cual se considera que los *alquileres turísticos* son equiparables a los contratos de hospedajes, puesto que, entonces, en ese supuesto, aceptando como válida esa premisa, pensamos que carecería de sentido la letra e) del artículo 5 LAU ya que, al equiparar el *alquiler turístico* a un contrato de hospedaje (supuesto en el que, entonces, no se produciría ningún tipo de exclusión expresa de la LAU), la problemática aquí planteada sería, en definitiva, la delimitación jurídica entre un *arrendamiento vacacional* y un contrato de hospedaje, una cuestión que, sin embargo, ya ha sido solventada tanto por la doctrina como por la reiterada jurisprudencia.

Por todo ello, a continuación, profundizaremos en los arrendamientos urbanos complejos (como el hospedaje) con la finalidad de exponer las principales razones por las que, en nuestra opinión, no son equiparables los *alquileres turísticos* y los hospedajes. La finalidad práctica de estas líneas se observa, como indicábamos en el inicio, en el hecho de que esta aclaración nos permite delimitar y con-

cretar la problemática tratada en este artículo de forma que, además de incidir en el hecho de que, efectivamente, versa sobre el límite entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*, los cuales no son figuras jurídicas equiparables al contrato de hospedaje, permite centrar la solución a la problemática en el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos y no así en la existencia de una serie servicios adicionales al alojamiento.

2.2.3.2 UNA APROXIMACIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS COMPLEJOS O MIXTOS (COMO EL HOSPEDAJE)

El arrendamiento complejo es un concepto jurídico elaborado por la doctrina¹⁴⁰, y hace referencia a un tipo de contrato construido en base al artículo 1255 CC, en el cual se dan, al mismo tiempo, una serie de contratos de diversa naturaleza jurídica que orbitan alrededor de un arrendamiento urbano, configurándose entre todos ellos un único contrato, calificado como complejo al quedar sometido a una pluralidad de regímenes jurídicos específicos, distintos del de arrendamiento urbano, derivados de los diferentes tipos de contratos que lo componen.

En efecto, nuestra jurisprudencia lo define como aquel contrato que está constituido por un conjunto de negocios jurídicos bilaterales

¹⁴⁰ VATIER FUENZALIDA, 1996, p. 60, concibe los contratos de arrendamiento complejos como «*aquellos contratos unitarios en los que se unen al arrendamiento prestaciones especiales de carácter principal, en términos tales que su resultado es un contrato nuevo y distinto*». En comparación a estos contratos, escribe este autor que los arrendamientos mixtos, entendidos como aquellos a los que se añaden o yuxtaponen prestaciones accesorias, carecen de la entidad suficiente como para apartar el contrato de arrendamiento típico (por ej., los arrendamientos con opción a compra). Concluye indicando que la doctrina anterior entendía a los complejos excluidos y a los mixtos incluidos en el T.R. 64. Asimismo, DE DIEGO, 1930, pp. 245 y 246, lo califica como *contrato consensual por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra alojamiento y suministrarle alimentación mediante un precio*. A su vez, YÚFERA SALES, 2000, pp. 67 y 68, concibe los contratos de arrendamientos complejos como *aquellos en que las partes pactan como cuestiones esenciales del contrato una serie de prestaciones ajenas a la relación arrendaticia y que son consustanciales al contrato, es decir, que no son ni accesorias, ni complementarias, ni eventuales*. Para PÉREZ SERRANO, 1930, p. 86, «*la nota esencial y perdurable del contrato fue y sigue siendo el complexus jurídico formado por la cesión de habitaciones y de los servicios complementarios a la vivienda. Cuando él se da, tenemos contrato de hospedaje; cuando falta, no existe dicho contrato. El suministro de alimentos no influye de un modo decisivo en la existencia de aquél, aunque tenga notable importancia para la debida solución de algunos de sus aspectos*». Por su parte, ALBACAR entiende que «*son aquellos contratos unitarios, en los que además de prestaciones típicas del contrato de arrendamiento, acuerdan las partes otras principales que han de cohonestarse con aquellas, produciendo una mutación importante de su contenido o régimen*», y FUENTES LOJO que «*los contratos de arrendamiento en los que las partes en uso de la autonomía de su voluntad disponían un contenido más complejo que el previsto en el Texto Refundido (LAU 64), sin que con lo mismo se desvirtuara la tipicidad del contrato; ello a pesar de una jurisprudencia nada clara en este sentido. Estos contratos deberían someterse al régimen de la legislación especial. (STC 24 octubre de 1963, 10 de octubre de 1988)*». Información recuperada de VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1994, p. 46.

combinados, pactos lícitamente contraídos según el artículo 1255 CC, y que, por su naturaleza principal y características, no constituyen un arrendamiento urbano simple o corriente, sino que aparecen investidos de una complejidad que determina que no puedan ser incluidos todos sus aspectos en el cauce del régimen jurídico simple y sencillo del contrato de arrendamiento¹⁴¹. Señala nuestro Alto Tribunal que, a su vez, implica el establecimiento a cargo del arrendatario de prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia¹⁴². Así, el arrendamiento urbano complejo es un arrendamiento urbano en torno al cual orbitan otra serie de acuerdos bilaterales conectados al primero, regidos cada uno por una normativa específica, como pueda ser el contrato de caja fuerte, el servicio de limpieza de las habitaciones, el servicio de comidas, el servicio de recepción 24 h, entre otros, conformándose, entre todos ellos, un contrato único por un precio cierto. En este sentido, durante un tiempo, el hecho de que numerosas normativas fuesen aplicables a estos contratos –referentes a los diferentes servicios complementarios–, planteaba la duda acerca de cuál de todas ellas sería la aplicable a este contrato único: ¿La LAU, propia a arrendamientos urbanos, o las otras normas específicas que regulan el resto de los acuerdos bilaterales? Finalmente, esta cuestión fue resuelta tanto por la doctrina¹⁴³ como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴⁴, que se decantaron por no incluirlas en el ámbito de aplicación de la LAU¹⁴⁵.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que los arrendamientos urbanos complejos pueden ser clasificados en típicos o atípicos. Dentro de los arrendamientos complejos típicos, es decir, aquellos que vienen desarrollados como tales en un cuerpo normativo, entendemos que se incluirían los arrendamientos de aprovechamiento por turno, la mal llamada multipropiedad¹⁴⁶ o timesharing», regulados en la ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprove-

¹⁴¹ STS 18 abril 1989 (RJ 1989\3067)

¹⁴² STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1239), STS 24 enero 2000 (RJ 2000, 115).

¹⁴³ CASTÁN TOBEÑAS y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, 1956, pp. 135 a 142.

¹⁴⁴ Concluye nuestro Alto Tribunal que es doctrina jurisprudencial superada el hecho de que, cuando un arrendamiento disponga de una serie de prestaciones accesorias, no se registrará por la LAU al ser considerado como un arrendamiento complejo. Primer considerando de la STS de 16 de junio de 1982 (RJ 1982\5828).

¹⁴⁵ STS núm. 313/1993 de 31 marzo (RJ 1995\7326), FJ 3.

¹⁴⁶ La propia ley que regula estos contratos, la 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio de normas tributarias, prohíbe el empleo de la denominación *multipropiedad* dado que la utilización del término puede inducir a error ya que lo que se adquiere realmente es un derecho de uso y no de propiedad sobre el alojamiento que va a ocupar temporalmente, como así viene indicado en el artículo 23.4, que dispone que «*el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad*».

chamamiento por turno de bienes de uso turístico, un tipo especial de arrendamiento a través del cual se cede temporalmente el uso de una vivienda, durante un mínimo de siete días seguidos por un período de varios años –mínimo 2 y máximo 50–, con la particularidad de que, además del alojamiento, se ofrecen otra serie de servicios adicionales complementarios, que, en conjunto, conforman un único contrato, protagonizado por profesionales y consumidores y usuarios. Así, pese a que la propia ley indique en los apartados II y III del Preámbulo que estos contratos son una variante del arrendamiento por temporada y determine, en su artículo 23. 6, que estos contratos quedarán sujetos a lo dispuesto en este Título II *sin perjuicio de lo prevenido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y en la legislación general de protección del consumidor*», creemos que estos arrendamientos no pueden quedar, bajo ningún concepto, sometidos al ámbito de aplicación de la LAU¹⁴⁷, y esto, precisamente, por su configuración de arrendamientos urbanos complejos¹⁴⁸. Y, en segundo lugar, con respecto a los arrendamientos complejos atípicos –por carecer estos de un régimen jurídico propio–, destacamos el contrato de hospedaje¹⁴⁹, un término en desuso según Pérez Fernández, quien

¹⁴⁷ Ante esta situación, en la que a los arrendamientos de aprovechamiento por turnos se les pueden aplicar dos normas especiales, tanto la LAU como la Ley 4/2012, de 6 de julio, nos planteamos la siguiente cuestión. Si a los arrendamientos por temporada se les aplica, imperativamente, según el artículo 4 de la LAU, una serie de requisitos (fianza, libertad de forma, etc.) y, a su vez, la Ley 4/2012, de 6 de julio dispone otra serie de requisitos imperativos para los arrendamientos de uso turístico por turno (forma escrita del contrato, inserción de publicidad como parte del mismo, el derecho de desistimiento, irrenunciabilidad del consumidor de los derechos concedidos en la norma, nulidad de los arrendamientos que contengan los mismos requisitos descritas en esta norma y que no se sometan a la misma, etc.), ¿Cuál de las dos prevalecerá? ¿Qué preceptos tendrán prioridad? Observamos que se contradicen ambas disposiciones imperativas (por ej., la LAU aboga por la libertad de pactos entre las partes y la libertad de forma del contrato frente a la otra norma que exige un contenido mínimo que habrá de constar, además, por escrito), obligándonos a preguntarnos cuál de las dos será la que deba, consecuentemente, aplicarse. En este sentido, consideramos que éste conflicto normativo» se debe a una remisión desafortunada de la Ley 4/2012 de 6 de julio a la LAU con la intención de evitar, sorprendentemente, posibles situaciones de contradicción entre ambas normas [Enmienda número 151 de Coalición Canaria. BOCG, número 80-10, pp. 94].

¹⁴⁸ En esta línea, parece pronunciarse CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, ADC, 2003, pp. 495 a 497, quien opina que en este tipo de contratos «no sólo hay un arrendamiento de cosa, sino también, y tan esencial como aquél, un arriendo de servicios, fusionándose ambos en un único y mismo contrato mixto o complejo arrendaticio, sin ser la mera unión o yuxtaposición de ambos. Esto conduce a calificar al arrendamiento de la LAT como especie de hospedaje, más que como mera variante de arriendo urbano por temporada. (...) Así las cosas –aunque pueda estimarse como conclusión anticipada–, la aplicación –por sí misma o acordada voluntariamente– de la LAU al arriendo por turnos va a resultar prácticamente inexistente, bien porque contradice directamente una norma de la LAT, bien porque en absoluto se adecua a las peculiaridades del goce por turno».

¹⁴⁹ En este sentido, GARCÍA LUENGO, AFD, 2001, p. 63, expone que debe «configurarse como un contrato sui generis, de carácter complejo, pues en su objeto subyacen

se refiere al mismo como un contrato de alojamiento, mediante el cual «*el titular de un establecimiento de alojamiento (en sus diferentes posibilidades), se obliga a cambio de una contraprestación dineraria, a ceder al usuario (huésped o viajero) el uso de una unidad de alojamiento provista de mobiliario, instalaciones y equipo, a custodiar su equipaje, a revenderle ciertos objetos o energía industriales y a prestarle ciertos servicios complementarios variables, tal como limpieza, conserjería, alimentación, lavado y planchado de ropa, entre otros*»¹⁵⁰, en el mismo sentido que disponía Castán Tobeñas y Calvillo Martínez de Arenaza¹⁵¹, que lo presentaban como un contrato complejo donde una persona se obliga a prestar a otra un alojamiento y, cuando menos, los servicios complementarios de vivienda, mediante un precio, celebrados en virtud del artículo 1255 CC. Por su parte, González Cabrera¹⁵² indica que el hospedaje es «*un contrato atípico, consensual y bilateral, (...) en el que se combinan el arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales) de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen, y en virtud del cual una de las partes (normalmente, el hotelero) se obliga frente a la otra (el viajero o huésped) a cederle el uso de una o varias unidades alojativas (entendiéndose hasta ahora, como habitaciones), y a prestarle ciertos servicios accesorios y complementarios (suministro de electricidad, agua, calefacción, así como otros servicios como planchado de ropa, suministro de comida, etc.), y a la custodia del equipaje, a cambio de una contraprestación económica*», en la misma línea que Viger Revuelta, quien expone que «*el contrato de hospedaje es un contrato bilateral, según el cual, una de las partes, el titular del establecimiento hotelero, se obliga frente a la otra, el huésped, a prestar alojamiento junto a otra serie de servicios complementarios; todo ello a cambio de una contraprestación económica*».

Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que el contrato de hospedaje, concebido como un contrato de arrendamiento complejo atípico, además de por la nota de profesionalidad del arrendador¹⁵³ y de consumidor y usuario del arrendatario-turista, se caracteriza, en esencia, por la existencia de unos servicios *complementarios o*

obligaciones de muy diversa naturaleza».

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, pp. 157 y 158.

¹⁵¹ CASTÁN TOBEÑAS y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, 1956, pp. 135 a 142.

¹⁵² GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 34.

¹⁵³ Entre otros, VIGERA REVUELTA, 2010, p. 506; CASTAÑOS CASTRO, 2015, pp. 25 y 26; REPRESA POLO, 2005, p. 5.

añadidos al alojamiento¹⁵⁴, de naturaleza jurídico-privada o civil, con entidad jurídica propia, sometido cada uno a su propia regulación, conformando, entre todos ellos, un solo contrato susceptible de quedar sometido a diversas reglas específicas diferentes a la del arrendamiento urbano, razón por la cual, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden con su no inclusión en el ámbito de aplicación de la LAU¹⁵⁵.

Así las cosas, a continuación, trataremos de exponer por qué, en nuestra opinión, la figura del *alquiler turístico* no es equiparable a la del contrato de hospedaje.

2.2.3.3 LA FIGURA DEL ALQUILER TURÍSTICO NO ES EQUIPARABLE AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMPLEJO (EL HOSPEDAJE)

Partiendo de la distinción anterior sobre los servicios adicionales al alojamiento, la principal diferencia que, en este caso, observamos entre las figuras jurídicas del *alquiler turístico* y del contrato de hospedaje, y que, consecuentemente, hace que concibamos ambas figuras como diferentes, se centra en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, concretamente en la presencia de los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento.

En efecto, el *alquiler turístico*, al margen de los servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo, al tener su origen en la exclusión expresa de un *arrendamiento vacacional* del ámbito de aplicación de la LAU, consideramos que se caracteriza por la inexistencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento de carácter jurídico-privado, considerados estos como los servicios que configuran, precisamente, el contrato de hospedaje, que, al contrario que el *alquiler turístico*, no es susceptible de quedar sometido al ámbito

¹⁵⁴ VIGUERA REVUELTA, 2010, p. 504, señala que «en el objeto de este contrato podemos distinguir diferentes relaciones jurídicas; en cada una de las cuales se observan obligaciones de distinta naturaleza: (...) aunque las principales, desde el punto de vista del titular del establecimiento consisten en el alojamiento y los servicios añadidos o complementarios».

¹⁵⁵ Importante advertir que, de lo expuesto en estas líneas precedentes, la exclusión de los arrendamientos complejos de la LAU no se produce por la condición profesional del arrendador, sino por la complejidad misma del contrato que queda sometida a una diversidad de regímenes jurídicos diferentes. De este modo, no le hallamos fundamento a la Proposición de Ley 122/000209 de medidas de fomento del alquiler estable presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados el 15 de marzo de 2018, en la que se propone la reforma del artículo 5.e) LAU en el sentido de excluir la cesión temporal de la vivienda cuando se ofrezcan servicios similares a los prestados por los establecimientos hoteleros, lo que incorpora el criterio de profesionalidad como equivalente a la prestación de servicios de alojamiento turísticos, ya que, como hemos anunciado, se entienden de antemano excluidas del ámbito de aplicación de la LAU los arrendamientos complejos.

de aplicación de la LAU, debido, precisamente, al carácter complejo del contrato. En este sentido, además del servicio de alojamiento propio del arrendamiento urbano, en el ámbito jurídico-privado o civil del hospedaje «*se integran elementos correspondientes a distintos contratos nominados: arrendamiento, compraventa, depósito y servicios. (...) [cuya] combinación de esos elementos viene dispuesta de modo unitario por las partes y fundamentados en una única causa, por lo que las distintas prestaciones se encuentran preordenadas a la consecución de un solo propósito negocial*»¹⁵⁶. Por lo tanto, mientras que en los *alquileres turísticos* no se ofrecen servicios *complementarios o añadidos* de carácter privado o civil, sino tan solo servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo, los contratos de hospedaje se caracterizan, en esencia, por el ofrecimiento, precisamente, de una serie de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento de carácter privado o civil. Además, los contratos de hospedaje, al desarrollar una actividad turística, son también susceptibles de quedar sometidos, por otro lado, al ámbito de aplicación de las normas autonómicas sobre turismo, que, al igual que sucede con los *alquileres turísticos*, les puedan imponer, eventualmente, la obligatoriedad de ofrecer servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento. De este modo, independientemente de que, a nivel jurídico-privado o civil, esas dos figuras sean diferentes, si que es cierto que, sin embargo, concretamente en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, tanto el hospedaje como el *alquiler turístico* tienen en común que, al desarrollar ambas una actividad turística, son susceptibles de quedar sometidas a la imposición, por parte de las distintas administraciones públicas, de la obligación de ofrecer distintos servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento propios de cada tipo contractual.

En este contexto, es interesante plantear si «*la presencia combinada de ambas prestaciones (cesión del inmueble y prestación de suministros imprescindibles para su disfrute) resulta suficiente para caracterizar a este negocio como de hospedaje –extrahotelero, eso sí–, o si resulta necesario un plus en forma de algún otro servicio o prestación adicional*»¹⁵⁷, una cuestión cuya respuesta requiere, con carácter previo, una aclaración y una identificación del carácter jurídico de esos suministros (público o privado), ya que, en la hipótesis donde la prestación de los suministros fuese propia del ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, es decir, impuestas por las CC.AA., entonces, creemos que, en ese

¹⁵⁶ GARCÍA LUENGO, 2001, *AFD*, pp. 62 y 63.

¹⁵⁷ SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 178.

caso, no podría entenderse la cesión temporal de la vivienda combinada con la prestación de suministros como un contrato hospedaje. Así pues, como expusimos anteriormente, en el caso de reunir los elementos del artículo 5 e) LAU, y reunirse los parámetros establecidos en el criterio de habitualidad (fijado en el Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico correspondiente), en lugar de un contrato de hospedaje, el contrato debería ser calificado como un *alquiler turístico*. En el supuesto contrario, no obstante, en la hipótesis en la que la prestación de suministros sí fuese de carácter jurídico-privado o civil, es decir, pactada por las partes del contrato o impuesta por la administración legítimamente competente, en ese caso, pese a que cabría la posibilidad de que la combinación de la mencionada cesión temporal del uso de la vivienda y la prestación de suministros fuese caracterizada como un contrato de hospedaje¹⁵⁸, sin embargo, nuestra respuesta a este interrogante es negativa. En este sentido, en nuestra opinión, la presencia combinada de la cesión de un inmueble y la prestación de suministros imprescindibles para su disfrute (de carácter accesorio) creemos que no es suficiente para calificar, jurídicamente, un contrato que, en principio, corresponde a la figura del arrendamiento urbano (calificado como *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU), como un contrato de hospedaje, porque, como acabamos de exponer, este se caracteriza, precisamente, por la complejidad del contrato que genera la presencia de servicios *complementarios o añadidos* al servicio del alojamiento, con entidad jurídica propia, y no por prestaciones o servicios accesorios que orbitan alrededor del alojamiento, puesto que, en ese caso, como ya expusimos anteriormente, quedarían implementados en la prestación principal que supone el alojamiento, quedando, consiguientemente, absorbidos por el régimen jurídico que lo regula, es decir, como un arrendamiento urbano, y no como un hospedaje.

Por todo ello, los límites jurídicos de la figura del *alquiler turístico* los situamos, en base a lo anterior, entre las figuras del *arrendamiento vacacional* –un arrendamiento urbano simple–, en lo concerniente al ámbito jurídico-privado o civil del contrato, y del contrato de hospedaje –un arrendamiento urbano complejo–, en lo relativo, en este caso, al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato. En este sentido, mientras que, por un lado, en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, el *arrendamiento vacacional* y el *alquiler turístico* se asemejan en el hecho de que, en ambas

¹⁵⁸ En esta misma línea, MORENO-TORRES HERRERA, 2018, p. 209 y 210, comenta que «únicamente en el caso en el que, además de obligarse el cedente a proporcionar el uso de la vivienda, se comprometa a prestar otros servicios, cabe hablar de contrato de hospedaje».

figuras, no se ofrecen servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (el elemento esencial que configura el contrato de hospedaje), siendo esta, precisamente, la principal razón por la que diferenciamos ambas figuras del contrato de hospedaje, por otro lado, sin embargo, en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, la diferencia se observará, en este caso, entre el *arrendamiento vacacional*, por un lado, y el *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje, por el otro. En este caso, la diferencia entre estas figuras se concretaría, en nuestra opinión, en la condición jurídica del prestador del servicio, ya que, mientras en el *arrendamiento vacacional* el arrendador es un particular-no profesional, en el *alquiler turístico* y en el contrato de hospedaje el cedente de la vivienda es un profesional o empresario, una condición jurídica, esta, que justificará, posteriormente, el segundo elemento que diferencia los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*, la imposición de los distintos servicios de carácter *turístico o accesorio* al alojamiento, orientados a garantizar el confort y la calidad mínima del servicio de alojamiento, dos características esenciales del *alquiler turístico* que, como ya hemos expuesto, entendemos que se originan y tienen lugar, únicamente y exclusivamente, a partir del criterio de habitualidad.

Así las cosas, consideramos que el *alquiler turístico* es, en origen, un *arrendamiento vacacional* (modalidad que excluye la posibilidad de ofrecer servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), al cual, desde el momento en el que se reúnan los elementos exigidos en el apartado e) del artículo 5 LAU –efectivos desde que se entiende que se da el requisito de habitualidad estipulado en el correspondiente Decreto autonómico sobre viviendas de usos turísticos–, el legislador autonómico impone al cedente de la vivienda (ahora considerado profesional o empresario) la obligación de ofrecer una serie de requisitos *turísticos o accesorios* al alojamiento (específicamente estipulados para esta figura turística), de carácter puramente administrativo, centrados en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, semejantes a los requisitos administrativos exigibles para desempeñar una actividad económica de hospedaje (de ahí su eventual equiparación con esta figura), pero, sin embargo, distintos a los servicios *complementarios o añadidos* de carácter privado. Justamente, contemplamos el *alquiler turístico* como una figura jurídica híbrida entre un *arrendamiento vacacional* y un contrato de hospedaje, caracterizada, en lo relativo al ámbito jurídico-público o administrativo, por (1) la condición jurídica de profesional o empresario del cedente de la vivienda y, consecuencia de esto, por (2) el ofrecimiento de una

serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, y, además, en lo referente al ámbito jurídico-privado o civil del contrato, por (3) carecer de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento, elemento esencial que caracteriza y configura la figura del hospedaje comúnmente aceptada, es decir, la complejidad del contrato de alojamiento. En este sentido, la figura del *alquiler turístico* podría ser equiparable, en cierta medida, a un hipotético hospedaje simple¹⁵⁹. Precisamente, el motivo del no sometimiento de los *alquileres turísticos* al ámbito de aplicación de la LAU se debe a su origen, es decir, a la exclusión expresa de la LAU de los *arrendamientos vacacionales* ex artículo 5 e), y no a la existencia de servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (como así sucede los arrendamientos complejos, ya que, en ese caso, no se excluirían de su ámbito de aplicación, directamente están incluidos), de modo que, el nacimiento del *alquiler turístico* y correspondiente exclu-

¹⁵⁹ Entre otros, respecto a la complejidad del contrato de hospedaje, REPRESA POLO, 2005, pp. 7 y 8, defiende la existencia de contratos de hospedaje *simples*, en base a que, actualmente, el viajero no siempre precisa de servicios complementarios. En este sentido, apunta que «parece evidente que del contrato de hospedaje se derivan una serie de prestaciones de distinta naturaleza a cargo del hostelero; sin embargo, (...) las obligaciones de seguridad tanto del viajero como de sus bienes, la limpieza de las habitaciones, el mantenimiento de las instalaciones..., aunque formen parte en todo caso del contenido del contrato de hospedaje no son por sí suficientes para convertirlo en complejo, por cuanto son simplemente deberes que surgen de la relación jurídica y que se establecen con el fin de proteger determinados intereses del viajero distintos a los perseguidos con la prestación principal (deberes de protección) o para, en su caso, complementar ésta (obligaciones accesorias) y, en todo caso, evidencian el carácter complejo de la relación obligatoria. Por lo tanto, creemos factible la constitución de un contrato simple de hospedaje, cuando exclusivamente se integre de una sola prestación principal, que contribuya a la configuración de una causa simple: el alojamiento, en cuanto puesta a disposición de una estancia a favor del cliente, que en cualquier caso se completará con el resto de obligaciones citadas –prestaciones accesorias y deberes de protección–». Sin embargo, sobre la posibilidad de un hospedaje simple, GONZÁLEZ CABRERA, 2019a, p. 35, añade que, pese a que, efectivamente, «este carácter complejo ha sido cuestionado por un sector doctrinal aludiendo a la propia evolución de la figura (...) [y pese a que, en su momento, llegó a] afirmar que el contrato de alojamiento es necesariamente un contrato simple de hospedaje cuando se integre en exclusiva por la prestación principal; y, en cambio, es un contrato complejo cuando se añadan y pacten otros servicios no accesorios del alojamiento (...) bien es cierto, no obstante, que el alojamiento en sí mismo requiere que se faciliten, además de la disposición de la habitación el suministro de electricidad, agua corriente, la lencería de baño y cama precisa para la estancia del huésped y, por supuesto, la limpieza de la habitación, normalmente diaria. Todo ello nos lleva a revisar los postulados realizados en el pasado y, en consecuencia, a afirmar que este contrato en sí mismo es hoy un contrato complejo». Resulta igualmente interesante lo expuesto por CASTAÑOS CASTRO, 2015, pp. 28 a 30, quien, pese a que reconoce que la mayor parte de los autores también aboga por su carácter complejo y reafirma su naturaleza especial *sui generis*, por tratarse de un contrato en el que el hostelero se compromete a llevar a cabo a favor del cliente prestaciones de diversa índole, siendo las más significativas el arrendamiento de cosa, manifestado en la transmisión del goce y uso de la habitación de hotel, y el arrendamiento de servicios. No obstante, opta por calificar este contrato como contrato de servicios, defendiendo que «lejos de ser un contrato complejo, el contrato de hospedaje es, en puridad, un contrato de servicios, en el que, pese a la diversidad de prestaciones, la profesionalidad que caracteriza al hostelero las convierte, junto a otros factores que analizaremos, a todas ellas en servicios a favor del huésped».

sión de los *arrendamientos vacacionales* se basa en los parámetros que delimitan el criterio de habitualidad fijado por las CC.AA., que hacen referencia al momento en el que la frecuencia con la que un particular que cede la vivienda, pasa de ser esporádica u ocasional a habitual o profesional, o, dicho de otra forma, en los términos empleados por el legislador autonómico, el momento en el que una simple actividad económica debe ser considerada una *actividad turística* y, por lo tanto, debe someterse a su ámbito de aplicación. De esta forma, en definitiva, es el legislador autonómico quien, en base al criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos que observaremos posteriormente, decide cuándo tiene lugar la efectiva exclusión del apartado e) del artículo 5 LAU, delimitando las figuras jurídicas del *arrendamiento vacacional*, por un lado, y del *alquiler turístico*, por el otro.

A continuación, desarrollaremos por qué entendemos que, definitivamente, el principal instrumento jurídico que diferencia las figuras del *arrendamiento vacacional* y del *alquiler turístico* (que no se equipara al contrato del hospedaje) se encuentra en el criterio de habitualidad (que, en el caso de los *alquileres turísticos* viene establecido en el propio Decreto autonómico sobre viviendas de uso turístico), y no, en cambio, la presencia o no de servicios adicionales al alojamiento.

2.2.4 **La inaplicabilidad de los servicios adicionales al alojamiento como criterio diferenciador entre alquileres turísticos y arrendamientos vacacionales**

Basándonos en la clasificación de los servicios adicionales al alojamiento, los *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter público o administrativo, por un lado, y los *complementarios o añadidos* al alojamiento de carácter privado o civil, por el otro, y, además, habiendo expuesto que los *alquileres turísticos* no son equiparables a los contratos de hospedaje, precisamente, por carecer los primeros del elemento esencial que caracteriza los segundos, como son los servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (de carácter privado), llegamos a la conclusión de que, finalmente, la existencia de los servicios adicionales al alojamiento no es válida como instrumento jurídico para diferenciar entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*.

En efecto, en el caso de los *alquileres turísticos*, se observa que los servicios adicionales al alojamiento se corresponden, en todo caso, con los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento propios del ámbito jurídico-público o administrativo de los contratos,

aquellos que vienen impuestos por las distintas CC.AA. con la finalidad de garantizar el confort y calidad mínimas del turista, pero en ningún caso se refieren a los servicios del ámbito jurídico-privado o civil, a los *complementarios o añadidos* al alojamiento, ya que el origen de estos es un *arrendamiento vacacional* excluido expresamente de la LAU *ex* artículo 5 e). Por estas razones, no coincidimos con la reflexión de Martínez Cañellas¹⁶⁰, compartida por otros autores¹⁶¹, según la cual, en este contexto de diferenciación entre *arrendamientos vacacionales* y *alquileres turísticos*, consideran que, si las partes del contrato hiciesen constar, expresamente, la no prestación de servicios complementarios a la cesión de la vivienda, el contrato no sería un *alquiler turístico*, sino un *arrendamiento vacacional*¹⁶². En nuestra opinión, al tratarse de

¹⁶⁰ MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, pp. 175 y 176, para eludir legalmente la aplicación de la LTIB [e]s recomendable que las cesiones de uso del inmueble con fin vacacional se instrumenten mediante contratos de arrendamiento de temporada, en los que se haga constar que no se prestan servicios turísticos (o sea, si se pueden prestar servicios básicos como la electricidad, o la recogida de basuras). Dichos arrendamientos pueden ser comercializados en canales no turísticos, como los portales inmobiliarios de internet. Pero también pueden comercializarse en canales turísticos, pues siempre que no se ofrezcan servicios complementarios, seguirá siendo un contrato de arrendamiento de temporada».

¹⁶¹ En su caso, CAMPUZANO TOMÉ, RCDI, 2015, p. 1202, apunta que son contratos cuyo objeto es un inmueble de dominio propio y cuya finalidad última es proporcionar al turista el uso o goce del inmueble para su disfrute temporal en periodos vacacionales, que pueden consistir en días, semanas o meses. A través del mismo no se presta ningún tipo de servicio complementario al del mero alojamiento», razón por la cual «encuentran refugio en el ámbito de aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) como contratos de arrendamiento temporal», un tipo de arrendamientos a los que la entrada en vigor de la Ley 4/2013 «ha venido a sembrar dudas acerca del régimen jurídico al que deben quedar sometidos a partir de su aprobación».

¹⁶² MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, pp. 166 a 170, y 175, en el que parte de la premisa de que la comercialización de un de estancias turísticas en viviendas son contratos de hospedaje, al establecerse imperativamente por la normativa una serie de servicios turísticos» complementarios obligatorios (art. 51). En este caso, el autor considera que la mencionada Ley, como norma de ordenación turística, no regula las relaciones jurídicas privadas y, por tanto, no puede regular la nulidad de contratos de alojamiento que no cumplan ciertas condiciones. Así pues, «como contrato de alojamiento, la cesión de uso lleva aparejada la prestación de servicios. Para que se califique de alojamiento, tales servicios deben ser los específicos de la actividad turística. Por lo tanto, la prestación de servicios básicos de electricidad, o de recogida de basuras, propios de los arrendamientos urbanos, como los arrendamientos de temporada, no son suficientes como para calificar la cesión de uso como contrato de alojamiento. Para que la cesión sea la propia del contrato de alojamiento, y pueda entenderse que el contrato queda sujeto a la LTIB, se deben prestar servicios de alojamiento turístico, aunque, en el caso de las viviendas, se alterne con el uso propio y residencial de la vivienda durante la mayor parte del año (artículo 49 *in fine*)», concluye finalmente que «la cesión de uso de viviendas con prestación de servicios turísticos es un contrato de alojamiento sujeto a los requisitos y límites de la LTIB y a su régimen sancionador. En caso de que no se presten servicios turísticos, nos encontraremos ante un arrendamiento de temporada, no regulado por la LTIB, por lo que no quedará sujeto a su régimen sancionador. En consecuencia, caben arrendamientos de temporada en viviendas plurifamiliares, en adosados, en pareados, en viviendas unifamiliares, y durante más de dos meses al año. Su régimen se regirá por la LAU, lo que permite a los vecinos a ejercitar las acciones de cesación de actividades molestas, en caso de que los arrendamientos de temporada lo sean en periodos muy breves».

servicios *turísticos o accesorios* exigidos por los Decretos autonómicos (y no, en cambio, a servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento propios del hospedaje), impuestos por las distintas CC.AA., entendemos que estos no son de libre disposición por las partes, que no podrán pactar o no su inclusión, ya que, además, en principio, habrían pactado en origen un *arrendamiento vacacional* carente de estos servicios. A nuestro juicio, son requisitos *turísticos o accesorios* al alojamiento, de carácter imperativo desde el momento que se entiende que se da el criterio de habitualidad establecido en la propia normativa autonómica, por lo que, en el supuesto en el que las partes no cumpliesen su contenido decidiendo expresamente no acatarlos, la relación seguiría calificándose como un *alquiler turístico*, con la particularidad de que sería sancionable por la autoridad administrativa competente¹⁶³ por incumplimiento de unos imperativos concernientes al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, sin que ostentase, en ningún momento, la categoría de *arrendamiento vacacional* por el hecho de haber decidido las partes la exclusión de los requisitos turísticos exigidos por las CC.AA. (que no servicios complementarios). Justamente, según nuestra hipótesis, no es la existencia de los mencionados servicios adicionales al alojamiento (como así entiende la doctrina mayoritaria) el elemento que delimita cuándo una cesión temporal del uso de una vivienda debe ser calificada como un *alquiler turístico* o como un *arrendamiento vacacional*. En su lugar, creemos que la diferencia entre ambas figuras la determina el criterio de habitualidad¹⁶⁴ actualmente establecido por las CC.AA., a partir del cual, además de modificarse la condición jurídica de las partes, creemos que se impone la obligatoriedad de establecer unos requisitos turísticos puramente administrativos (que no servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento), que, bajo nuestro punto de vista, delimitan en cierta manera *las condiciones de uso inmediato* exigidas en la propia LAU.

¹⁶³ En los mismos términos, MARTOS CALABRÚS, RDC, 2014, p. 100, dispone que «lo primero que hay que plantearse es a qué legalidad nos estamos refiriendo: ¿la turístico-administrativa?, ¿la fiscal?, ¿la civil? Como sabemos, si la cesión de vivienda vacacional no está sujeta a la norma turística, es imposible que esté «fuera» de su legalidad. Por lo que respecta a la legalidad fiscal, estará fuera de ella el arrendador que no tribute por el IRPF en concepto de rendimiento del capital inmobiliario».

¹⁶⁴ En esta dirección, DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 19, expone que «urge recuperar la sensatez de los criterios que los civilistas han utilizado tradicionalmente para distinguir entre el contrato de arrendamiento de temporada y el contrato de alojamiento turístico: profesionalidad, habitualidad, prestación de servicios turísticos. La propia Unión Europea ha señalado que (...) [en este sentido, un elemento importante] puede ser si los servicios son ofrecidos por prestadores profesionales o más bien por particulares de manera ocasional».

Efectivamente, en la hipótesis en la que una cesión temporal del uso de una vivienda reúna los requisitos del apartado e) del artículo 5 LAU, pero no así las condiciones de habitualidad establecidas en el correspondiente régimen específico derivado de su normativa sectorial turística, no se materializaría la exclusión del mencionado apartado e), y el contrato derivado de correspondiente actividad de alojamiento seguiría siendo calificada como un *arrendamiento vacacional* sometido a la LAU. A título de ejemplo, podemos exponer el caso de la normativa sobre viviendas turísticas de Castilla y León, en la que se entiende que la cesión del uso temporal de la totalidad de una vivienda a cambio de un precio, que reúna las condiciones expuestas en el apartado e) del artículo 5 LAU, se considera excluido de la LAU, única y exclusivamente, a partir de la definición del criterio habitualidad, que, como así expondremos en el apartado siguiente, viene delimitado en la prestación de alojamiento en una o más ocasiones dentro del mismo año natural por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes. En este supuesto, el instrumento jurídico que determinará el momento exacto en el que una determinada cesión temporal del uso de una vivienda en esta CC.AA. deba ser calificada como *arrendamiento vacacional*, o como *alquiler turístico*, creemos que no es la existencia de una serie de servicios adicionales al alojamiento (que, en el caso de los *alquileres turísticos*, serían servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento, de carácter público o administrativo), ya que creemos que la exigencia de los mencionados servicios no existirá, en esta CC.AA., hasta que la práctica de esa actividad económica halla superado el mes, límite que fija el criterio de la habitualidad, a partir del cual la actividad se modificaría en una actividad turística. Así, si un propietario arrienda su vivienda siete veces en un año natural durante cuatro noches en cada ocasión, es decir, durante un total de veintiocho noches en el mismo año, los diferentes contratos realizados tendrán la consideración jurídica de arrendamientos vacacionales, no de *alquileres turísticos*, al no cumplirse el requisito de la habitualidad establecido por el legislador autonómico. En esta hipótesis, entonces, se estaría considerando que la frecuencia con la que se arrienda la vivienda es ocasional, no profesional, en definitiva, esa actividad económica no reuniría, por el momento, las exigencias necesarias para ser considerada como una actividad turística. Ahora bien, si el propietario del ejemplo anterior volviese a ceder, dentro del año natural, su vivienda, en una octava ocasión, por un período de cinco noches más, en este caso sí que, al sobrepasar el límite fijado en el criterio de habitualidad (mas de un mes en un año natural), dicha cesión de la vivienda pasaría a ser califi-

cada como un *alquiler turístico* y, en este caso sí, el ofrecimiento de los servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento establecidos por las CC.AA., serían imperativos y, consecuentemente, las partes del contrato ostentarían la condición jurídica de profesionales y consumidores y usuarios. No obstante, desde otra perspectiva, en el supuesto en el que un propietario arrendase su vivienda por un período inferior al establecido en el criterio de habitualidad fijado por las CC.AA., pero en el que las partes acordasen libremente en el contrato el ofrecimiento de otro tipo de servicios complementarios o añadidos al alojamiento (limpieza de la habitación, desayunos/comidas/cenas, caja fuerte, servicio de atención telefónica 24 h, y otros), en este caso, dicha cesión de la vivienda no sería calificada ni como *arrendamiento vacacional* ni como *alquiler turístico*, sino que, en principio, y siempre y cuando reuniese el resto de requisitos indispensables para ello, se trataría de un eventual arrendamiento complejo atípico (hospedaje) al que no le sería de aplicación ni la LAU ni la normativa autonómica sobre viviendas con fines turísticos.

Por todo ello, y como ya hemos defendido en diversas ocasiones¹⁶⁵, desde nuestro punto de vista, y pese a que nuestra posición sea minoritaria¹⁶⁶, creemos que el criterio de la habitualidad establecido en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico es el límite jurídico que fija cuándo una determinada cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda que reúna el resto de los requisitos establecidos en el apartado e) del artículo 5 LAU, debe ser calificada como alquiler turístico en lugar de como arrendamiento vacacional, así como de las consecuencias jurídicas

¹⁶⁵ BOTELLO HERMOSA, 2017b, p. 618, concluíamos que «así, el criterio que establece cuándo un alquiler debe ser considerado “vacacional” y cuándo “de uso turístico”, es el de la “habitualidad”, en referencia al número de veces que desarrollen tal actividad, un concepto que cada normativa autonómica va a delimitar de forma diferente. Consecuentemente, dependiendo de la normativa autonómica a la que acudamos, la línea que delimitará si un arrendamiento deberá calificarse como “vacacional” o, por el contrario, como “turístico”, variará en función de lo que cada autonomía halla establecido como “habitualidad”».

¹⁶⁶ En nuestro mismo sentido se pronuncia recientemente RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p. 180: «la clave en este caso está en determinar qué es lo que debe entenderse por “habitual”, porque de ello dependerá la consideración de estas viviendas como VFT o su exclusión del ámbito de aplicación del Derecho y su remisión, expresa o no, a otras normas para su regulación (LAU, en unos casos, o legislación de apartamentos turísticos, en otros). También, de esta corriente, creemos que podemos catalogar el análisis de DÍAZ VALÉS, 2018b, p. 46, cuando precisa que “la habitualidad o reiteración en la comercialización del alojamiento turístico se presenta como el criterio más frecuente en las diferentes normas para considerar la cesión como turística”, y esto pese a que, posteriormente, añade que el problema se presenta a la hora de determinar cuándo existe dicha habitualidad, pues (...) las soluciones son de lo más variado dependiendo de las diferentes normas». En efecto, el hecho de que el criterio de habitualidad sea heterogéneo, no lo interpretamos como un elemento invalidante como criterio delimitador de las dos figuras, sino más bien como algo que debe ser modificado y mejorado.

que de ello se derivan (concretamente, la condición jurídica de profesionales y consumidores y usuarios de las partes y la aplicación del Derecho de consumo, entre otras). Así pues, a continuación, profundizaremos el criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de usos turístico, con la finalidad de exponer por qué, en nuestra opinión, debe ser reconfigurado.

3. UNA PROPUESTA DE RECONFIGURACIÓN DEL CRITERIO DE HABITUALIDAD PREVISTO EN LOS DECRETOS AUTONÓMICOS SOBRE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Ante la problemática jurídica que ha planteado la introducción del apartado e) en el artículo 5 LAU, a partir del cual no queda clarificado el momento exacto en el que se produce la exclusión de un determinado *arrendamiento vacacional* y tiene lugar el nacimiento de un *alquiler turístico*, y contrariamente a la doctrina mayoritaria que considera que dicho límite se determina en base a la existencia de servicios adicionales al alojamiento, nosotros proponemos que el instrumento jurídico que, actualmente, responde al interrogante planteado, es el criterio de habitualidad delimitado en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico.

En este contexto, a continuación, abordaremos los principales elementos que, en nuestra opinión, hacen del criterio de habitualidad un límite controvertido (3.1), con la finalidad de ofrecer, posteriormente, una propuesta de reconfiguración de este (3.2).

3.1 UNA APROXIMACIÓN AL CONTROVERTIDO CRITERIO DE HABITUALIDAD ESTABLECIDO POR LAS CC.AA., CONSIDERADO COMO EL ORIGEN DE LOS AQLUILERES TURÍSTICOS

El criterio de habitualidad delimitado por las diferentes CC.AA. —en base al reparto competencial establecido en la CE, concretamente al artículo 148.1.18 CE sobre *promoción del turismo y su ordenación en el ámbito de la Comunidad*¹⁶⁷—, se caracteriza por

¹⁶⁷ A título de ejemplo, dispone el Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León, que «*el presente decreto se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva que tiene atribuida la Comunidad de Castilla y León en materia de Promoción del turismo y su ordenación en el ámbito de la Comunidad, de acuerdo con lo*

ser heterogéneo (3.1.1), restrictivo (3.1.2) y, especialmente, por ser contrario, en nuestra opinión, al orden competencial establecido en nuestra Carta magna (3.1.3).

3.1.1 Heterogéneo

Cada CC.AA. determina, expresamente, el criterio de habitualidad, y lo hace siguiendo sus propias necesidades, un hecho que ha sido criticado por parte de la doctrina¹⁶⁸ —en la que nos incluimos—, que se muestra favorable a «una regulación homogénea en las Comunidades Autónomas que respeten los principios de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»¹⁶⁹, debido al caos regulatorio que actualmente existe¹⁷⁰. Por ello, a continuación, vamos a exponer cómo ha regulado, cada CC.AA., el mencionado criterio de habitualidad.

En la normativa de la Junta de Andalucía¹⁷¹, se asocia directamente la habitualidad con la acción de promocionar una vivienda a través de los *canales de promoción turística*¹⁷². De esta forma, por el mero hecho de ofertar una vivienda a través de un canal de promoción turística se presupone una actividad turística y, por ende, la existencia de habitualidad en el ejercicio de la actividad de alojamiento, con las consecuencias jurídicas que ello implica y que hemos expuesto anteriormente (modificación de la condición jurídica de las partes, y la imposición administrativa de una serie de requisitos turísticos puramente administrativos). El legislador autonómico andaluz establece que la simple promoción turística de

establecido en el artículo 148.1.18 a de la Constitución Española, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.1.26.º del Estatuto de Autonomía». También otras CC.AA., pese a no indicarlo de forma expresa, hacen referencia al mismo reparto competencial asumido a través de sus Estatutos de Autonomía. En este sentido, por ejemplo, Asturias, a través del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico, basa su competencia para regular, entre otros, el criterio de habitualidad, en «el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, en su artículo 10.1.22 [que] establece la competencia exclusiva de esta Comunidad autónoma en materia de turismo».

¹⁶⁸ Entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, pp. 30, 34 y 35, señala que «el problema que surge es que cada CC.AA. ha regulado los arrendamientos con fines de uso turístico en base a sus propios intereses, lo que ha propiciado la aparición en el territorio español de múltiples leyes con un tratamiento jurídico totalmente diferente en su configuración jurídica. [Este escenario] constituye un verdadero problema para quienes desean impulsar este tipo de actividades (...) porque no existe un marco jurídico común que los proteja».

¹⁶⁹ MAGRO SERVET, 2017a, p. 4.

¹⁷⁰ DÍAZ VALÉS, 2018b, p. 46 y 47.

¹⁷¹ Artículo 3.2. del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos: «se presumirá que existe habitualidad y finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística».

¹⁷² Artículo 3.3, *ibid.*, dispone que se entiende por canales de promoción turística «las agencias de viaje, las empresas que medien u organicen servicios turísticos y los canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento».

una vivienda es suficiente para entender que, en caso de que se lleve a cabo una cesión temporal de la misma, esta deba entenderse excluida de la LAU y, consecuentemente, deba quedar sometida al ámbito de aplicación de la normativa autonómica. Esta línea se sigue en Valencia¹⁷³, Asturias¹⁷⁴ y Aragón¹⁷⁵.

En cuanto al límite de la *temporalidad*, en Andalucía se fija en un máximo de dos meses cuando se trate de la misma persona¹⁷⁶, de forma que, en el supuesto de que una cesión de vivienda entre particulares sea promocionada a través de algún canal de oferta turística, en caso de celebrarse para una duración de más de dos meses, sobrepasaría el límite de la corta duración» y se calificaría, entonces, como un arrendamiento vacacional sometido a la LAU, y no así como un alquiler turístico, por haberse superado el umbral.

En el caso de la normativa de las Islas Canarias¹⁷⁷, se entiende que la cesión de una vivienda se producirá *de forma habitual* cuando se realice *dos o más veces dentro del periodo de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones*. Al contrario de lo regulado en Andalucía, en Canarias se presume la *habitualidad* la segunda vez que se alquile la vivienda, lo cual deja un ínfimo margen a los propietarios particulares que deseen alquilar sus viviendas en calidad de particulares, constituyéndose como arrendamiento vacacional *únicamente* primero de los contratos que se celebren. Respecto al criterio de la *temporalidad*, determina que *la cesión temporal no podrá implicar el cambio de residencia por parte de la persona*

¹⁷³ Artículo 2.2 c), del Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana: «cuando se utilicen canales de comercialización turística. Se considera que existe comercialización turística cuando se lleve a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido Internet u otros sistemas de nuevas tecnologías».

¹⁷⁴ Artículo 3 c), del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico: «se presumirá la habitualidad cuando se oferte el alojamiento por cualquier canal de oferta turística o se preste el servicio al menos una vez al año».

¹⁷⁵ Artículo 2 a), del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón, que entiende por Viviendas de uso turístico «aquellos inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, viviendas unifamiliares aisladas u otras pertenecientes a complejos inmobiliarios privados que son cedidas de modo temporal por sus propietarios, directa o indirectamente, a terceros para su alojamiento turístico, amuebladas y equipadas en condiciones de uso inmediato, comercializadas o promocionadas en canales de oferta turística y con una finalidad lucrativa». Asimismo, en el apartado c), fijan el periodo de *temporalidad* en un mes de forma continuada.

¹⁷⁶ Artículo 2 b) del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos «de forma habitual y con carácter temporal, esto es por un plazo máximo de dos meses seguidos a un mismo turista».

¹⁷⁷ Artículo 2 c) del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

usuaria¹⁷⁸, un plazo que, desde la perspectiva tributaria y de forma general¹⁷⁹, quedaría fijado en seis meses¹⁸⁰. En el mismo sentido, se puede entender extensible este límite subsidiario de temporalidad máxima de los alquileres turísticos a lo establecido por los Decretos autonómicos en materia de viviendas de uso turístico de Asturias¹⁸¹, La Rioja¹⁸², Valencia¹⁸³, Madrid¹⁸⁴ y Murcia¹⁸⁵.

Una regulación muy interesante y, desde nuestro punto de vista, una de las más completas, es la realizada por la Comunidad Autónoma de Castilla y León¹⁸⁶, donde se define la *habitualidad* como la *práctica común, frecuente y generalizada de facilitar alojamiento. Se entenderá que existe habitualidad cuando se facilite alojamiento en una o más ocasiones dentro del mismo año natural por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes*. Así, este criterio de habitualidad establece que, hasta un máximo de un mes durante un mismo año natural, los contratos en los que se ceda el uso de una vivienda de forma temporal entre particulares quedarán excluidos de la normativa autonómica, de modo que se constituirán como arrendamientos vacacionales sometidos a la LAU. De esta forma, sería tan solo superando este número de noches cómo el particular adquirirá la condición de *empresa de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico (en adelante empresa)*, y cómo, consecuentemente, tendrá lugar el alquiler turístico, que, según dispone posteriormente, *consiste en la prestación de hospedaje de forma habitual y con carácter temporal, esto es por un plazo máximo de dos meses seguidos a un mismo turista, a cambio de contraprestación económica y en un establecimiento abierto al público en general*¹⁸⁷. Por lo que respecta a la temporalidad, en cuanto a lo

¹⁷⁸ Artículo 2 d) del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

¹⁷⁹ Artículo 9. 1 a), de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

¹⁸⁰ En los mismos términos GONZÁLEZ CABRERA, 2015b, pp. 396 a 405.

¹⁸¹ Artículo 3 a), del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico.

¹⁸² Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.

¹⁸³ El mencionado Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consell, no establece un límite máximo, de ahí que, siguiendo el mismo criterio que la normativa canaria, se pueda presuponer en los seis meses.

¹⁸⁴ Artículo 2.1 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

¹⁸⁵ Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril.

¹⁸⁶ Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León.

¹⁸⁷ Artículo 4 d) del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León.

expuesto en este apartado d), queda fijado dos meses continuados. Así, aunque el propietario reúna los requisitos de la habitualidad, en caso de que celebre un alquiler por un plazo superior a este, quedaría excluido de la norma autonómica calificándose como vacacional.

Por su parte, la Comunidad de Madrid¹⁸⁸, antes de la reciente modificación que ha llevado a cabo, establecía en tres meses el criterio de la habitualidad. Así, en primer lugar, disponía que la *prestación del servicio de alojamiento* debía realizarse de forma profesional y habitual, concibiéndose el concepto de *habitual* como *el ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural*. Sin embargo, esta medida ha sido modificada mediante el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, a partir del cual se entiende por *ejercicio habitual de la actividad turística: la actividad de alojamiento turístico se ejerce de forma habitual desde el momento en que el interesado se publicita por cualquier medio y presenta la preceptiva Declaración Responsable de inicio de actividad prevista en los artículos 11 y 17*»¹⁸⁹. De esta forma, la Comunidad de Madrid, en la nueva regulación, elimina el plazo de tres meses (90 días), para que un inmueble sea considerado vivienda de uso turístico, directamente por el momento en que se publicite por cualquier medio. Es decir, el límite establecido por el criterio de habitualidad en la Comunidad de Madrid se disminuye de noventa días al simple hecho de que la vivienda se oferte, por ejemplo, mediante un simple anuncio en una página de alquileres de internet. No obstante, no queda clarificado si el criterio de habitualidad debe entenderse desde la simple publicación de la vivienda¹⁹⁰ o si debe ser desde que se cede efectivamente la vivienda.

¹⁸⁸ Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

¹⁸⁹ Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid.

¹⁹⁰ Sobre este aspecto, es pertinente traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018 (JUR. 2018, 259516), el asunto C-105/17, Kamenova, accesible desde el siguiente enlace <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8E601688FE38308FFF39F7B425045DE9?text=&docid=202421&pageIndex=0&doclang=ES&mode=1st&dir=occ=first&part=1&cid=2986918>, en la que se concluye que «no cabe calificar de «comerciante» a una persona física (...) que está registrada en una plataforma en línea para la venta de bienes cuando publica en dicho sitio, al mismo tiempo, ocho anuncios para la venta de varios productos». Es decir, que según la doctrina del TJUE, el hecho de publicar un bien en una plataforma en línea no es una causa para considerar como comerciante a un particular. Como desarrollaremos en el siguiente Capítulo, entendemos que los efectos de esta sentencia son extensibles a este caso en concreto, y que por lo tanto esta modificación del requisito de habitualidad debe ser invalidado.

Continuando con una concepción amplia del criterio de la habitualidad, La Rioja¹⁹¹, aunque sin referirse a ella expresamente, fija el límite en tres meses, los cuales se distribuyen libremente a lo largo de todo el año sin necesidad que sean continuados¹⁹². Sin embargo, este período presenta la particularidad de que únicamente se tendrá en cuenta cuando las estancias se realicen, como mínimo, por períodos de una semana. Por lo tanto, para que una cesión temporal del uso de una vivienda no sea considerada como Alquiler turístico es necesario que el arrendamiento se realice por un período de, como mínimo, una semana, y, a su vez, que este tipo de actividad no halla superado el cómputo total de tres meses. Así pues, la media de los alquileres que se realizan a través de plataformas digitales es inferior a siete noches¹⁹³, la mayoría de las relaciones contractuales encajarán en el perfil de los Alquileres turísticos.

La normativa de la Región de Murcia¹⁹⁴ referencia los alquileres turísticos como alojamientos vacacionales, y los regula junto a los apartamentos vacacionales, donde la principal diferencia entre ambos radica en el número de viviendas pertenecientes a la misma persona explotadora¹⁹⁵. En este caso, dispone que *se presumirá la habitualidad cuando se haga publicidad por cualquier medio o cuando se facilite alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año por tiempo que en su conjunto exceda de un mes*¹⁹⁶. Es decir, se determina la existencia de la habitualidad por dos vías; a partir de que la publicidad del alojamiento –por cualquier medio–, o cuando el cómputo global de cesiones temporales de vivienda realizadas durante un mismo año halla superado el mes.

¹⁹¹ Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja.

¹⁹² *Ibid.* artículo 66. 2 que «No tendrá la consideración de vivienda de uso turístico aun cuando cumpla con los requisitos del apartado anterior: (...) b) La vivienda destinada al alquiler durante menos de 3 meses al año en períodos mínimos de una semana».

¹⁹³ IV Barómetro del alquiler vacacional en España (2017). Homeaway. p. 23. Disponible en https://resources.homeaway.es/info/files/live/sites/es/files/shared/HomeAwayLab/images/IV%20Barometro/IVBarometroDeAlquilerVacacional2017--ts-2017-07-05T17%3A39%3A14_971%2B01%3A00.pdf

¹⁹⁴ Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril.

¹⁹⁵ Artículo 5.1, Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril, «Se consideran empresas explotadoras de apartamentos turísticos las personas físicas o jurídicas, sean titulares o no de los alojamientos, que realicen de forma profesional y habitual la actividad de cesión mediante precio, del uso o disfrute ocasional de los mismos, debiendo ser clasificadas por la Consejería competente en materia de Turismo».

¹⁹⁶ Artículo 5. 2, Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regula los Apartamentos Turísticos y Alojamientos Vacacionales, modificado por el Decreto 37/2011, de 8 de abril.

En el País Vasco¹⁹⁷, la normativa prevé la existencia de habitualidad y, por tanto, la existencia de un Alquiler turístico de dos modos: o a través de la simple promoción o publicidad de la vivienda por un medio o canal de oferta turística, o a partir de la segunda vez que se facilite el alojamiento, siempre y cuando este no supere los 31 días, límite temporal en el que, desde nuestro punto de vista, se fija el criterio de la temporalidad.

Por lo que respecta a Cataluña¹⁹⁸, aunque no se mencione el término habitualidad, esta noción se extrae de lo que han calificado como *estancia de temporada*¹⁹⁹, que no es más que *toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días*²⁰⁰. Así, toda cesión de vivienda celebrada por un período temporal inferior a treinta y un días es, automáticamente, considerada como alquiler turístico, excluida del ámbito de aplicación de la LAU. A su vez, este mismo tope marca el límite de la temporalidad.

En Galicia²⁰¹ se ha establecido que para que se considere una vivienda como de uso turístico debe, entre otros criterios, cederse para una estancia de corta duración y de manera reiterada. De esta forma, al dictaminarse que *constituyen estancias de corta duración aquellas en las que la cesión de uso es inferior a treinta días consecutivos, quedando fuera del ámbito de aplicación las que sobrepasen esa duración. Se considerará cesión reiterada cuando la vivienda se ceda dos o más veces dentro del período de un año*²⁰², la noción de habitualidad, que se extrae del concepto de *cesión reiterada*, se sobreentiende a partir de la segunda vez que se ceda la vivienda por un período que no supere los treinta días consecutivos, límite que fija, a su vez, el concepto de la temporalidad. Así que, a partir de la segunda cesión de una vivienda de forma temporal (y reuniendo el

¹⁹⁷ Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico, artículo 2. 4 que «*se presume que la actividad alojativa es habitual y, por tanto, se encuentra sometida a las prescripciones del presente Decreto, cuando concorra una de las siguientes condiciones: a) Que se realice publicidad o comercialización de las viviendas a través de un canal de oferta turística. b) Que se facilite alojamiento por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días, dos o más veces dentro del mismo año.*».

¹⁹⁸ Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

¹⁹⁹ *Ibid.*, artículo 66.1. «*Tienen la consideración de viviendas de uso turístico aquellas que son cedidas por su propietario, directamente o indirectamente, a terceros y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de temporada, en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características establecidas en ese Decreto.*».

²⁰⁰ *Ibid.*, artículo 66.3.

²⁰¹ Decreto 12/2017, de 26 de enero (DOGA 10/2/2017), por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.

²⁰² Artículo 5.2, Decreto 12/2017 de 26 de enero (DOGA 10/2/2017) por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.

resto de los requisitos no expuestos²⁰³, pero que se encuentran en la propia normativa²⁰⁴), y siempre y cuando la duración de esta no supere los 30 días, se entiende que el contrato en cuestión estará sometido a la normativa autonómica gallega e, inevitablemente, estará excluido de la LAU en función del artículo 5 e).

En cuanto a la normativa de las Islas Baleares²⁰⁵, la más confusa de todas, ambos criterios vienen recogidos en el Capítulo IV, arts. 49 al 52, bajo el controvertido título de *Empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas*, disponiéndose al respecto que *son empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas las personas físicas o jurídicas que comercializan turísticamente la totalidad de una vivienda residencial, por periodos de corta duración, en condiciones de uso inmediato y con finalidad lucrativa, comercialización que se puede alternar con el uso propiamente de vivienda que las caracteriza*²⁰⁶. Posteriormente, en el apartado 13 del artículo 14 de la normativa balear sobre viviendas de uso turístico, y dificultando con ello aún más su identificación, se acuerda que por corta duración se entenderán las *estancias por días o semanas, sin que una estancia pueda ser superior a un mes*. En cuanto a qué se entiende en la normativa por comercialización de estancias turísticas, deben interpretarse conjuntamente los apartados 1 y 14 del mismo artículo 50 de la normativa balear sobre viviendas de uso turístico, que determinan que (1) *se pueden comercializar estancias turísticas de corta duración en viviendas de uso residencial siempre que lleve a cabo esta comercialización la persona propietaria o se haga por*

²⁰³ Ver Capítulo IV de la normativa.

²⁰⁴ Sobre estos requisitos, se puede hacer mención a la reciente Sentencia n.º 555/2017 de TSJ Galicia (A Coruña), sala de lo contencioso, 15 de noviembre de 2017, donde precisamente se pretendía la impugnación de algunos de estos requisitos, aunque finalmente el Tribunal falla en contra de tal pretensión. En concreto, la parte recurrente (Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia) solicitaba la declaración de nulidad de los artículos 4.2, 5.1, 5.2, 5.4, 5.6, 9.1, 15 a 22, 23 a 26, 30.1, 39, 41.2 e 4.º y 41.5 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, fundamentando el recurso en un único motivo. Y es que consideraban que la norma vulnera el derecho a la libertad de empresa y la libre competencia en el sector de los servicios de alojamiento resultando contraria tanto al artículo 38 de la CE. (que establece el principio de libertad de empresa), así como vulneradora del artículo 5.4 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contraviniendo la Directiva 2006/126/CE de 12 de diciembre, y la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, la cual señala que cualquier limitación a la prestación de los servicios de alojamiento debe estar motivada por una imperiosa razón de interés general. No obstante, como hemos señalado al principio, el Tribunal acabó desestimando la pretensión de la Asociación.

²⁰⁵ Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio.

²⁰⁶ Artículo 49, Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, modificada por la Ley 6/2017, de 31 de julio.

medio de operadores o cualquiera de los canales de comercialización turística. (14) *Se presume que hay comercialización de estancias turísticas si se comercializan en condiciones de uso inmediato, por periodos de corta duración y no se puede acreditar que la finalidad de la comercialización es diferente a la turística.* En resumen, podemos concluir que la normativa balear ha establecido que los alquileres turísticos son aquellos en los que se comercializa una vivienda completa, ya sea por el propietario o a través de canales de oferta turística, para un uso inmediato y por una duración temporal que podrá variar entre un solo día –criterio de la *habitualidad*– y un mes –criterio de la *temporalidad*–, y siempre y cuando no se pueda acreditar que la finalidad de la comercialización es diferente a la turística.

En Castilla-La Mancha se ha fijado este existe habitualidad cuando *se facilite alojamiento en dos o más ocasiones por anualidad, publicitándose en cualquier tipo de canal de comercialización propio o de tercero*²⁰⁷.

Por lo que respecta a Navarra²⁰⁸, Cantabria²⁰⁹ y Extremadura, al no existir un *régimen específico derivado de su normativa sectorial turística*, la exclusión del apartado e) del artículo 5 no ha lugar.

En definitiva, observamos que el criterio de habitualidad viene establecido en todas las CC.AA. para delimitar el momento a partir del cual se entienden aplicables los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico que lo fijan, y, consecuentemente, se produce la exclusión de los *arrendamientos vacacionales* de la LAU ex artículo 5 e) LAU, y el consiguiente nacimiento del *alquiler turístico*. Como hemos podido observar, y como así criticaremos a continuación, el denominador común de este criterio es su carácter extremadamente restrictivo que, prácticamente, anula la posibilidad a los arrendadores particulares de celebrar *arrendamientos vacacionales*.

²⁰⁷ Artículo 2 del Decreto 36/2018, de 29 de mayo, por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha.

²⁰⁸ Desde nuestro punto de vista, entendemos que Navarra no ha elaborado ninguna normativa específica para regular las Viviendas de uso turístico. La normativa que podría considerarse aplicable al Alquiler turístico, sería el Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Apartamentos Turísticos en la Comunidad Foral de Navarra, sin embargo, como bien viene especificado, hace referencia a los Apartamentos turísticos, un supuesto diferente al de las viviendas particulares destinada a un uso turístico.

²⁰⁹ Existe un Borrador por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la comunidad autónoma de Cantabria, en el que, su artículo 2, b), dispone que *«se presumirá la habitualidad cuando se oferte el alojamiento por cualquier canal de oferta turística o se preste el servicio al menos una vez al año»*.

3.1.2 Restringido

El criterio actual de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico es, desde nuestro punto de vista, injustificadamente restrictivo, puesto que, en la práctica, desaparece la posibilidad de celebrar arrendamientos vacacionales entre particulares.

En efecto, el requisito de habitualidad establecido en por las CC.AA. limita el derecho de los ciudadanos a que puedan llevar a cabo, en su condición jurídica de particulares, cesiones de la totalidad de una vivienda por cortos períodos de tiempo, ya que, desde la primera o segunda ocasión que realicen esta actividad económica, automáticamente, van a ser tratados por la norma como profesionales, teniendo que, por ello, someterse a la normativa de consumo y al cumplimiento de una serie de imperativos administrativos, que, como así considera la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), limitan y desincentivan este tipo de actividades²¹⁰, beneficiándose de ello los operadores tradicionales que realizan este tipo de actividades económicas de forma habitual²¹¹.

En este sentido, los principales argumentos en los que se sustenta la actual y restrictiva regulación de los alquileres turísticos y, por consiguiente, el restringido límite de habitualidad por parte de las CC.AA., tienen como base la defensa del arrendatario en su condición jurídica de turista, concibiéndolo como un consumidor y usuario²¹². Partiendo de ese principio, esta corriente presupone, *grosso modo*, que el arrendador, por regla general, no sigue los controles de calidad de los alojamientos hoteleros²¹³ –con el consi-

²¹⁰ CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 56 a 58, indica que «en ocasiones, bajo la justificación de requisitos técnicos y equipamientos mínimos para garantizar la habitabilidad en la vivienda o una calidad considerada suficiente o recomendable desde la administración, la normativa autonómica recoge un conjunto de requisitos que incrementan los costes administrativos, de acceso y de ejercicio de la actividad. Por ejemplo, distintas normativas requieren equipamiento completo de la vivienda o, incluso, requisitos más específicos (medidas de la cama, puntos de luz, tipo de perchas, etc.), que implican un incremento innecesario en los costes para los propietarios de las viviendas. (...) Estos requisitos elevan los costes de entrada, obstaculizan la diferenciación y limitan la competencia en variables precio y no precio. (...) Esta limitación no está justificada y es desproporcionada».

²¹¹ CNMC, 19 de julio de 2018, p. 59, señala que «por su parte, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía señala que imponer el cumplimiento de determinados requisitos en la prestación del servicio, semejantes a los exigidos para apartamentos turísticos y establecimientos hoteleros, pueden beneficiar a los operadores que compiten en el mercado desarrollando su actividad turística de manera permanente y habitual mientras para los que la ejercen temporalmente, estos requisitos pueden resultar desproporcionados».

²¹² FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 132.

²¹³ DE LA ENCARNACIÓN VARCARCEL, REALA, 2016, p. 46, «así, a nivel administrativo, no se exigen garantías de higiene y salubridad en las viviendas que son cedidas a

guiente riesgo que ello implica para la calidad del destino España»²¹⁴—, además de que, al carecer de regulación²¹⁵, comete actos de competencia desleal²¹⁶ a través de esta actividad propia de la economía sumergida²¹⁷, mediante la cual elude el pago de los tributos correspondientes operando de manera ilegal y clandestina²¹⁸. Se les cree responsable de la pérdida del comercio de proximidad, al transformar los usos de los espacios públicos hacia una *clase turista*, provocando con ello un deterioro de la convivencia vecinal y las condiciones de la vida de la población local²¹⁹. Estos argumentos reflejan, sin embargo, única y exclusivamente las externalidades negativas de la irrupción de los particulares como nuevos oferentes de alojamiento y lo que esto conlleva²²⁰, sin valorar los aspectos positivos. Además, es importante advertir que, en

través de estas plataformas, por lo que los usuarios quedan desprotegidos como consumidores al no establecerse la obligatoriedad de servicios generales de limpieza, ni la exigencia de unos controles sobre la higiene, el nivel de ruidos u olores en los inmuebles. Su inobservancia queda, por tanto, al margen del régimen sancionador previsto para este tipo de incumplimiento por los alojamientos hoteleros».

²¹⁴ GUILLÉN NAVARRO, RAAP, 2015, p. 120, «ante todo se pone en tela de juicio la calidad del destino España».

²¹⁵ DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, p. 46, dispone que *los usuarios de este tipo de alojamiento no reglado se encuentran en una clara situación de desamparo legal frente a los que utilizan los modelos habituales de hospedaje».*

²¹⁶ En la misma línea GUILLÉN NAVARRO, RAAP, 2015, p. 120, dispone que «nos encontramos ante una actividad turística que debe ser reglada ya no sólo por la problemática que genera (competencia desleal, economía sumergida, problemas vecinales, impacto urbanístico, gentrificación, desprotección del turista/consumidor, etc.)». También, DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, p. 50, añade que *quienes ofertan alojamiento reglado deben hacer frente a unos costes que, sin embargo, quienes ofrecen habitaciones en su vivienda a cambio de una contraprestación no deben sufragar; lo que facilita que estos últimos puedan ofrecer alojamiento a los turistas a precios significativamente inferiores. los estándares mínimos de calidad y seguridad que ofrecen los establecimientos reglados tienen un coste que repercutirá en el consumidor final, lo que hace que esta oferta sea económicamente menos atractiva de cara al mercado turístico».*

²¹⁷ DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, p. 49, *tampoco podemos olvidar que la inexistencia de normativa al respecto fomenta la economía sumergida, dado que gran parte de los ingresos derivados del arrendamiento de estas estancias no son declarados por las propietarias y propietarios de las viviendas (...). Asimismo, a pesar de que la normativa sobre el impuesto del IVA no sería de aplicación al alquiler esporádico de la vivienda, el hecho de que se haga con frecuencia convierte a este particular en profesional de la actividad, por lo que se le debería considerar autónomo y estaría obligado a darse de alta en el censo y tributar como tal, pagando el IVA correspondiente de dicha actividad, además de su alta en la Seguridad Social».*

²¹⁸ PONCE SOLÉ, 2018, p. 42.

²¹⁹ GIL, 2018, p. 124.

²²⁰ En un sentido similar, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 162, critica que «sin negar que la motivación pueda ser correcta, no obstante, la más eficiente reacción del legislador, ya sea nacional o autonómico, debe pasar por una atenta observación de la realidad, que suele ser bastante más compleja y menos maniquea. Se realizan afirmaciones de principio y generalizaciones, como la relativa al detrimento del destino turístico o al perjuicio para los derechos del usuario turístico, que es necesario pasar por el tamiz de esa realidad (...). En definitiva, el usuario sabe a lo que viene por lo que, si está dispuesto a adquirir el servicio, no tiene por qué afirmarse a priori detrimento alguno de sus derechos. Cuestión distinta es que deba asegurarse el correcto funcionamiento de esos mecanismos de valoración».

este escenario alarmante, se valoran únicamente los alojamientos ofrecidos por un grupo muy concreto de sujetos que, efectivamente, sí reúnen los requisitos expuestos anteriormente, obviándose, no obstante, la realidad de aquellos otros arrendamientos vacacionales que también celebran, de forma paralela, otros sujetos particulares de forma ocasional y no profesional.

Por estos motivos, opinamos que, para determinar un criterio de habitualidad ecuánime entre los intereses en juego (particulares y lobbies hoteleros), que delimite la frontera jurídica entre los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos* de una forma satisfactoria para las partes, pensamos que *«es necesario valorar si tiene sentido someter a un particular que alquila su casa de forma esporádica y sin ningún tipo de organización profesional a los mismos requisitos a los que se somete a un empresario, por pequeño que sea, que se dedica de forma profesional a la explotación de uno o varios alojamientos con finalidad turística»*²²¹. En efecto, con la restrictiva regulación del criterio de habitualidad por parte de las CC.AA., no se tienen en cuenta los distintos escenarios que se dan con la actividad del alojamiento. Se parte de la premisa de que prácticamente todos los sujetos que ceden el uso y disfrute de sus viviendas lo hacen de forma habitual, por lo que, de forma imperativa, se estima que deben quedar sometidos a la normativa establecida para profesionales ya que, *«como empresarios que son, queda fuera de toda duda que deben someterse a una regulación, en este caso turística, acorde con el servicio que prestan y la calidad y seguridad prescrita por las normas. El producto que ofertan compete, directamente, con el de los alojamientos turísticos tradicionales»*²²². En este sentido, creemos que la normativa actual presupone que quienes llevan a cabo los alquileres turísticos son *«lobos con piel de cordero»*, *verdaderos empresarios o comerciantes que, disfrazados como «peers», ofrecen sus bienes y servicios al margen de la regulación tradicional»*²²³, lo cual justificaría, en cierta medida, un criterio de habitualidad tan restrictivo. Sin embargo, con esta decisión, se está afrontando y solventando esta situación de una forma sesgada, valorándose únicamente los eventuales efectos negativos que de estas actividades se pueden derivar, de una forma parcial, sin tomar en consideración a aquellos otros sujetos que, a diferencia de los anteriores, sí que realizan este tipo de actividades de alojamiento de forma esporádica (no habitual), no profesional, como un simple medio para obtener unos benefi-

²²¹ Sobre este asunto, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 61.

²²² RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 317.

²²³ SERRANO CAÑAS, 2019, p. 261.

cios extra realizando un negocio jurídico privado con la vivienda que poseen y que nada tiene que ver con la situación anterior.

En el contexto actual, creemos que la necesaria protección del turista que se alega en los diferentes Decretos autonómicos²²⁴, que justificaría el criterio de habitualidad tan restrictivo, no es óbice para imposibilitar el acceso ocasional y no profesional de los particulares a las actividades de alojamiento en sus propias viviendas, obligándoles a adoptar unos requisitos turísticos propios de profesionales que realizan esta actividad de forma habitual. En este sentido, expone Desdentado Daroca que *«si se trata de meras cesiones de un bien inmueble, es decir, de un simple alquiler de cosa, no hay competencia posible al tratarse de un producto diferente que no incorpora prestación de servicios turísticos; por tanto, no es que no cumplan las reglas de juego, sino que juegan en otra liga, por seguir con el símil»*²²⁵.

No estamos de acuerdo, por lo tanto, con la regulación del criterio de habitualidad que se está realizando actualmente. En nuestra opinión, no valora ni facilita que otros arrendadores puedan realizar esta actividad de alojamiento esporádicamente, de forma ocasional, con la finalidad de obtener únicamente unos ingresos extras, ya que, por el simple hecho de ofertar la vivienda (como sucede en Andalucía), se les obliga a soportar una serie de obligaciones administrativas propias de empresarios o profesionales, desincentivando su actividad²²⁶. En este sentido, creemos que, el legislador autonómico, en lugar de buscar el correcto equilibrio entre ambas modalidades²²⁷ –arrendamientos vacacionales (particulares) y alquileres turísticos (profesionales y consumidores y usuarios), suprime directamente la posibilidad de los más débiles» a poder seguir desarrollando este tipo de actividades económicas, y esto a

²²⁴ En este sentido, podemos citar la Exposición de Motivos del Decreto andaluz que establece que *«constituye el objeto de este Decreto regular las viviendas que ofertan el servicio de alojamiento turístico a fin de establecer unas mínimas garantías de calidad y seguridad para las personas usuarias turísticas, [como la] protección de personas usuarias de servicios turísticos. No cabe interpretar esta protección como meramente física, sino como una protección de sus derechos como usuarios de unos servicios específicos, de manera que el disfrute por un lado, y la tranquilidad por otro, puedan ser garantizados, lo que se realiza mediante la exigencia de una serie de requisitos que se consideran mínimos para lograr el confort y la seguridad necesaria para los turistas»*.

²²⁵ DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 24.

²²⁶ En este sentido, la CNMC, 19 de julio de 2018, p. 42, determina que *«someter a las viviendas de uso turístico a un régimen de autorización implica un exceso de trámites administrativos, que pueden suponer una carga excesiva y desincentivar la entrada de viviendas de turístico en el mercado de alojamiento»*.

²²⁷ Compartimos la reflexión de RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 319, cuando apunta que *«no puede defenderse, así, que exista una buena regulación para los oferentes esporádicos y ocasionales. Las autoridades tienden a reaccionar con regulaciones que no permiten escindir los dos distintos modelos o, si que se quiere, sujetos, con suficiente claridad»*.

través de una regulación restrictiva²²⁸ que no atiende a ningún tipo de proporcionalidad²²⁹. En esta línea, la CNMC²³⁰, en las conclusiones de su informe sobre la regulación de las viviendas de uso turístico (en adelante, VUT) en España, señala que, a pesar de que algunas de esas externalidades negativas son propias de las VUT, otras están, en realidad, ligadas a la actividad turística en general o a la concentración de visitantes y no exclusivamente a los turistas que se alojan en VUT, apuntando que *«tales efectos han sido utilizados como justificación teórica para numerosas regulaciones, a nivel autonómico y local, que son restrictivas únicamente con las VUT. (...) Como la CNMC y las autoridades de competencia autonómicas han constatado, estas regulaciones, con frecuencia, restringen la oferta y la capacidad de competir de las VUT y, por ello, son perjudiciales para consumidores, ciudadanos y para la economía en su conjunto»*. Finalmente, añade que muchas de estas regulaciones están inspiradas en las normas de alojamiento tradicional, que tienen que hacer frente a la competencia de la expansión de las VUT y tienen como efecto proteger esta oferta tradicional». En este sentido, compartimos la opinión de Rodríguez Font²³¹, quien cree que la *«posible pérdida de ingresos es la preocupación que asoma detrás de la retahíla de ámbitos sujetos a protección pública que se consideran amenazados y que las administraciones acostumbra a mencionar en las exposiciones de motivos de las normas casi a modo de mantra»*, así como a lo expresado por Sánchez González²³², quien comenta que algunas CC.AA., amparándose formalmente en la necesidad de hacer aflorar un importante volumen de ingresos que hasta entonces había permanecido en la más absoluta clandestinidad –con el consiguiente perjuicio para las arcas generales–, así como en la conveniencia de incrementar los niveles de calidad de un sector económico de primera magnitud en nuestro país como es

²²⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 25, habla de *posición restrictiva de las Administraciones municipales, de las CC.AA., y nacionales, que han regulado el fenómeno de manera restrictiva»*.

²²⁹ DESDENTADO DAROCA, 2018b, pp. 18 y 19, plantea los siguientes interrogantes frente a *«una regulación que probablemente no supera el test de proporcionalidad. ¿Es proporcionado que un propietario que quiere alquilar su segunda residencia, los dos meses de verano que él no la utiliza, quede sujeto a una regulación turística? ¿que un particular que alquila su primera o segunda vivienda sin habitualidad y con escasos ingresos se vea sometido a los rigores de la legislación administrativa? ¿es lógico que para evitar el problema de los fondos buitres o de la actuación encubierta e ilegal de empresas turísticas mediante el recurso a las viviendas de uso turístico se recorte de esta forma las facultades de libre disposición del propietario de inmuebles? ¿es razonable que todo se considere alojamiento turístico y quede sometido a la intervención y control administrativos? Parece que algunas regulaciones difícilmente superan el parámetro de proporcionalidad (...) por lo que conviene establecer criterios para diferenciar ambos supuestos»*.

²³⁰ CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 61 y 62.

²³¹ RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 320.

²³² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, RDP, 2009, p. 4.

el turismo, y haciendo caso omiso de las reglas de distribución competencial contenidas en la Constitución –o, al menos, efectuando una particular interpretación de las mismas–, «*proceden al diseño de normativas propias reguladoras de este concreto aspecto del sector turístico, llegando a inmiscuirse en ámbitos reservados (...) al legislador estatal*». En definitiva, opinamos que con la configuración restrictiva actual del criterio de habitualidad establecido por las CC.AA. se adopta una solución salomónica sobre el problema del intrusismo y de competencia desleal que plantea este tipo de alojamientos realizados entre particulares a través de las plataformas digitales, con la que se ha optado por delimitar un criterio de habitualidad tan restrictivo²³³ que, al calificar desde un principio a todos los arrendadores como profesionales, desincentiva a los particulares que arriendan sus viviendas de forma ocasional al imponerles unas obligaciones desmedidas²³⁴, cuyo resultado se traslada a la inoperancia casi total de la figura del arrendamiento vacacional.

Así las cosas, y como así trataremos de desarrollar a continuación, el hecho de que el criterio de habitualidad actual sea heterogéneo y restrictivo, en nuestra opinión, se debe a que está siendo delimitado por las CC.AA. en contra del orden constitucional.

3.1.3 Contrario al orden constitucional

El criterio de habitualidad, que delimita la figura del *alquiler turístico* en las distintas CC.AA., se caracteriza, además de por su carácter heterogéneo y restrictivo, por ser contrario al orden constitucional. En nuestra opinión, a través de la delimitación del criterio de habitualidad, el legislador autonómico trasciende su ámbito competencial y se inmiscuye en una materia exclusiva del Estado (*ex* artículo 149. 1. 6 y 13 CE) al modificar la condición jurídica de las partes que desarrollan el *alquiler turístico*.

En efecto, y como ya hemos avanzado en el apartado 2.1.2.2, a través del criterio de habitualidad, además de fijarse el fin de un

²³³ Según la Autoridad Catalana de la Competencia, se «*excepciona el principio de libertad de prestación de servicios, en ningún momento justificada por la Administración catalana de acuerdo con los parámetros definidos por la Directiva. (...) La ACCO señala que no resulta adecuado –en términos de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención posible– aplicar la regulación propuesta a los particulares que ejercen de modo esporádico o puntual estas actividades de cesión, a cambio de contraprestación económica, de viviendas o habitaciones en las mismas*». Información recuperada de RODRÍGUEZ FONT, 2018, pp. 305 y 307.

²³⁴ Crítica DESDENTADO DAROCA, 2019a, p. 80, que «*lo que no resulta razonable es que una actividad no profesionalizada ni habitual de alquiler por temporada realizada por pequeños propietarios de su primera o segunda vivienda esté sujeta a estas restricciones o limitaciones, (...) es un efecto distorsionador más de la ausencia de una adecuada delimitación de ambas actividades: la de alquiler de temporada y la de prestación profesionalizada de servicios de alojamiento turístico*».

arrendamiento vacacional y el nacimiento de un *alquiler turístico*, se determina, de forma colateral, la condición jurídica de los contratantes²³⁵. En este sentido, el legislador autonómico, al otorgar a los huéspedes –en origen particulares– el estatus jurídico de turistas, atribuye, por un lado, la condición jurídica de consumidores y usuarios, así como, por el otro, de forma colateral, la de profesionales o empresarios²³⁶ a los cedentes de la vivienda, una condición jurídica que se adquiere, especialmente, a partir del criterio de habitualidad. En este sentido, efectivamente, en la configuración de la figura del empresario o profesional del artículo 1.1.º del Código de comercio, junto a la plena capacidad legal y el ejercicio del comercio sea en nombre propio, destaca, como elemento configurador de este estatus jurídico, la exigencia de la habitualidad en el ejercicio de la actividad económica.

Centrándonos en el criterio de habitualidad, lo concebimos como el parámetro más relevante para tener en cuenta para determinar la condición de profesional o empresario de un sujeto que desarrolla una actividad económica. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo precisa que es un *elemento clave, para la calificación como trabajador autónomo, la habitualidad en el desarrollo de la actividad económica de que se trate*²³⁷, definiéndolo como una actividad económica continuada²³⁸, en relación no con la periodicidad sino con el hecho de que el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que desempeñe quien lo realiza, conectándose así la *habitualidad* con la *profesionalidad*²³⁹. Esta idea la profundiza Ruiz de Velasco²⁴⁰ al afirmar que *«de una adecuada y correcta interpretación de la legislación mercantil, puede deducirse que el concepto de habitualidad coincide, en líneas generales, con el de profesionalidad*²⁴¹(...) *En conclusión, la aplicación del artículo 3, en lo referente al significado*

²³⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016c, *IJSMT*, p. 41, indica que *«el problema es que la profesionalidad o la habitualidad, no pueden ser definidas de modo diferente en cada Comunidad Autónoma, puesto que estamos hablando del concepto de empresario, y por tanto, de un concepto único que debe interpretarse en todo el territorio nacional del mismo modo, tal y como marca la Constitución al establecer que la materia mercantil resulta competencia del Estado, y como exige el principio de unidad de mercado»*.

²³⁶ En esta misma línea, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 161, afirma que *«algunas Comunidades directamente asignan tal condición a quien presta el servicio de alojamiento en estas viviendas»*.

²³⁷ STS, Sala 4.ª de lo Social, 20 de marzo de 2007, FJ 4.

²³⁸ Las Sentencia Social TS, Sala de lo Social, Sec. 1, Rec. 406/1997, 29-10-1997 o 14 de febrero de 2002.

²³⁹ STS de 2 de diciembre de 1988, Sala de lo contencioso Administrativo.

²⁴⁰ RUIZ DE VELASCO, 2007, pp. 170 y 171.

²⁴¹ *«Así, nuestro Tribunal Supremo, en una Sentencia de 1 de diciembre de 1950, declara que se entiende la existencia de la habitualidad, cuando la persona hace del comercio su modo de vivir. En parecidos términos, otra Sentencia de 19 de junio de 1956, recalca que comerciante es el que se dedica constantemente al comercio»*.

*de la habitualidad, supone que se exige, como elemento necesario, que se haga del comercio el medio de vida y la dedicación constante al mismo». De las líneas anteriores extraemos que el concepto de habitualidad coincide con la nota de profesionalidad, de modo que, para que exista habitualidad, es necesario que se haga del comercio el medio de vida y que exista una dedicación constante al mismo²⁴². Del mismo modo, y refiriéndose a la condición de empresario como sinónimo de profesional, suscribe Rojo Fernández Río²⁴³ que *en sentido jurídico, empresario es, pues, quien ejercita en nombre propio una actividad empresarial. Esa actividad es una actividad profesional, es decir, habitual y no ocasional. (...) No hay ejercicio profesional si la actividad no es sistemática con tendencia a durar. De ahí que la realización de un singular «acto de comercio» no permita atribuir al sujeto la condición de empresario. Ahora bien, la profesionalidad no exige que la actividad se desarrolle de modo continuado y sin interrupciones: exigen actividades cíclicas o estacionales que son empresariales»*. De esta forma, de lo expuesto en el párrafo superior, se advierte que el concepto de habitualidad coincide con la nota de profesionalidad o la condición jurídica de profesional/empresario, para la cual es necesario que se haga del comercio el medio de vida y que exista una dedicación constante al mismo –no tienen por qué realizarse de modo continuado y sin interrupciones en el tiempo, sino que puede tratarse de actividades cíclicas o estacionales–. El criterio de habitualidad es, por todo ello, indispensable para la existencia de la noción de empresario²⁴⁴, incluida la acepción de esta figura que se ofrece en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios²⁴⁵, es decir, la condición de empresario o profesional del sujeto que interactúa con los consumidores y usuarios. Por todo ello, en base a esta premisa, y como así hemos*

²⁴² Según RUIZ DE VELASCO, 2007, pp. 170 y 171, la profesionalidad, además de la repetición, supone: a) que se realice el comercio, con arreglo a un plan determinado, b) que se tenga intención de obtener lucro, es decir, que se pretenda que el comercio sea el medio a través del cual pueda vivir la persona que se dedica al mismo, y c) que se exteriorice. Como se observa, se trata, según este autor, de tres circunstancias que deberían ser necesarias para que una persona pudiera, realmente, ser considerada como comerciante, pese a que nuestro Código de Comercio únicamente exige la tercera, su exteriorización.

²⁴³ ROJO FERNÁNDEZ RÍO, 2009, p. 43.

²⁴⁴ En la misma línea LASARTE ÁLVAREZ, 2015, p. 68, apunta que *«se puede concluir que las personas frente a las que se protege al consumidor por la TRLCU incluirían a todo tipo de empresario, sin limitarse solamente y en modo alguno a los empresarios mercantiles»*.

²⁴⁵ Concepto modificado por el artículo único 1 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. *«A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»*.

expuesto anteriormente, creemos que, actualmente, las CC.AA., a través de los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, al regular la esfera jurídico-pública o administrativa de los *alquileres turísticos* ex artículo 148.1.18 y 51 CE, configuran, igualmente, a través de la delimitación de los diferentes criterios de habitualidad²⁴⁶, de una forma heterogénea y restrictiva, la condición jurídica del oferente del alojamiento como empresario o profesional y del arrendatario, y la del huésped como turista-consumidor y usuario, una materia sobre la que, en nuestra opinión, las CC.AA. no tienen competencia legislativa ex artículo 149.1.6 CE.

En este contexto, donde consideramos que, mediante la delimitación del criterio de habitualidad, el legislador autonómico regula, actualmente, la condición jurídica de las partes que intervienen en el *alquiler turístico*, y partiendo de la base de que «*no es infrecuente encontrar disposiciones [autonómicas] que regulan aspectos mercantiles propios de una ley estatal*»²⁴⁷, creemos que es pertinente plantear el siguiente interrogante: ¿Es constitucionalmente competente el legislador autonómico para delimitar el criterio de habitualidad en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, a través del cual se modifica la condición jurídica de los sujetos? Desde nuestro punto de vista, pensamos que la respuesta debe ser negativa²⁴⁸. En nuestra opinión, se trata de una materia (la condición de comerciante) sobre la que el legislador autonómico no tiene competencia constitucional, puesto que se trata de una materia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.6 CE.

Por ello, y porque, hasta la fecha, no se ha producido ninguna delegación por parte del legislador estatal al autonómico de esta materia, habilitándole para ello, mediante una Ley Orgánica de transferencia y delegación prevista en el artículo 150.2 CE²⁴⁹, cree-

²⁴⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2016c, *IJSM*T, p. 41.

²⁴⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 90.

²⁴⁸ En esta misma línea, MIRANDA SERRANO, 2017, p. 229, concluye que «*en todo caso, parece claro que la delimitación exacta de quien es o no empresario o profesional (...) es una cuestión que no puede quedar en manos de las legislaciones autonómicas. En caso contrario, podrían coexistir en esta materia en nuestro ordenamiento regulaciones autonómicas dispares claramente contrarias al principio de unidad de mercado. La noción de empresario integra el concepto de legislación mercantil ex artículo 149.1.6.º CE. De ahí que halla de ser única para todo el territorio nacional*».

²⁴⁹ En esta misma línea, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 156, indica que «*partiendo de que todas las normativas autonómicas han regulado aspectos propios del Derecho Mercantil y Civil, no parece que exista ese régimen específico derivado de su normativa sectorial que establece la LAU como punto de remisión a la normativa autonómica turística. Y en todo caso, solo mediante una Ley Orgánica, que no es el caso, se podría habilitar a las comunidades autónomas a regular estos aspectos*». A mayor abundamiento, MARTÍNEZ CAÑELLAS, 2014, pp. 157 y 158, expone que «*las Comunidades Autónomas... no tienen competencias en materia de regulación civil de los contratos de alojamiento o de arrendamiento. No pueden regular el contenido de las relaciones inter privados, aunque sí las de carácter administrativo o las de protección de los consumidores (que no sean jurídico*

mos que el criterio de habitualidad que configura el *alquiler turístico* es contrario al orden constitucional, ya que, a través de este, efectivamente, el legislador autonómico configura la condición jurídica de profesional²⁵⁰ o empresario de un sujeto²⁵¹, una materia exclusiva del Estado *ex art. 149.1.6 CE*, y sobrepasa las competencias atribuidas *ex art. 148 CE*. Sobre este asunto, ya dictaminó el Pleno del TC²⁵² que «*si el Estado posee competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (ex art. 149.1.6 CE), ello excluye, correlativamente, que el legislador autonómico, en el ejercicio de su competencia en materia de «comercio interior», [que en nuestro supuesto de análisis haría referencia al turismo] pueda entrar a regular ámbitos de la actividad mercantil que corresponden al Estado, como son –entre otros tradicionalmente regidos por el Derecho mercantil– los relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles o, como ha sido señalado por este Tribunal, a «la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales» (STC 71/1982)*», aclarando que las competencias que tienen atribuidas las CC.AA. «*no incluye[n] la regulación de la «capacidad jurídica» ni de la «condición de comerciante» cuya fijación corresponde indudablemente al Estado de conformidad con el art. 149.1.6 CE*»²⁵³. En lo que concierne a nuestra doctrina, Carrasco Perera y Cordero Lobato²⁵⁴, señalan que

privadas). Si lo que pretendía la Ley 4/2013 era que las Comunidades Autónomas pudieran regular el contenido jurídico privado de los contratos de alojamiento o de arrendamiento, permitiéndoles, por ejemplo, prohibir ciertas modalidades contractuales, debería haberlo hecho mediante una disposición con rango de Ley Orgánica, que no es el caso. Al no ser así, es inconstitucional la normativa sectorial autonómica que prohíba o limite la cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso específico, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa».

²⁵⁰ A título de ejemplo, el artículo 3.2 del Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los Apartamentos Turísticos y las Viviendas de Uso Turístico de la Comunidad de Madrid, indica que la prestación del servicio de alojamiento en viviendas de uso turístico se ejercerá *de forma profesional*.

²⁵¹ Sobre este asunto, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2009, *RDP*, p. 9, expone que, respecto al Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales en Murcia, «*la propia norma define la habitualidad al señalar que “se presume cuando se haga publicidad por cualquier medio o cuando se facilite alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año por tiempo que en su conjunto exceda de un mes”. En buena lógica, si en las concretas circunstancias fácticas no opera esta presunción, faltaría la habitualidad requerida y el oferente no tendría la consideración de empresa explotadora, por lo que la relación arrendaticia contemplada podría articularse al margen de la regulación autonómica*».

²⁵² Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 225/1993 de 8 julio (RTC 1993/225), FJ. 5 B, sobre un recurso de inconstitucionalidad ante la Ley de las Cortes valencianas 8/1986, de ordenación del comercio y superficies comerciales.

²⁵³ FJ. 6 B).

²⁵⁴ CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, *DPC*, 1995, p. 32.

la línea interpretativa del TC estipula que las normas relativas a la determinación de la capacidad del empresario es una materia de competencia estatal en base al artículo 149.1.6 CE, en el mismo sentido que Parra Lucán²⁵⁵, quien añade que el TC estableció, en la STC 37/1981, que *«solo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil y solo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquellos y estas»*. Ragel Sánchez²⁵⁶, por su parte, determina que *«la materia turística nunca podrá ser una competencia exclusiva en sentido estricto de las Comunidades Autónomas, a pesar de lo que digan los Estatutos de Autonomía, pues el Estado tiene competencia exclusiva para promover y ordenar el turismo a nivel nacional a través de diversos apartados del art. 149.1 CE, como legislación mercantil y civil, (...) las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»*, igual que Desdentado Daroca, quien, en un sentido análogo, asevera (aunque en base al artículo 149.1.8 CE –legislación civil–, y no sobre el 149.1.6 CE –legislación mercantil–) que *«el Derecho Administrativo invade el espacio propio del Derecho Privado y ello no está exento de problemas. Resulta imprescindible que el Estado ejerza sus competencias ex art. 149.1.ª, 8.ª y 13.ª CE y defina, de forma plena, el arrendamiento de temporada que los propietarios pueden realizar libremente en el marco del Derecho Civil»*²⁵⁷. Durbán Martí²⁵⁸ concluye que *«solo cabe responder negativamente a la pregunta de si la jurisprudencia constitucional reconoce un espacio a las comunidades autónomas –o a algunas de ellas– para establecer regulación propia sobre relaciones obligacionales y contractuales a través del ejercicio de sus competencias»*.

Así las cosas, y especialmente por lo dispuesto en la STC 26/2012, de 1 de marzo de 2012²⁵⁹, donde el Pleno del TC establece

²⁵⁵ PARRA LUCÁN, RJN, 1987, p. 151.

²⁵⁶ RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 349.

²⁵⁷ DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 35.

²⁵⁸ DURBÁN MARTÍ, DPC, 2016, pp. 287.

²⁵⁹ Dispone el TC (Pleno) que *«nuestra doctrina, desde la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre, ha procedido a la delimitación del alcance de la legislación contractual, civil y mercantil, en relación con otras materias competenciales entre las que se encuentra el comercio interior. Esta delimitación tiene como punto de partida la distinción entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones inter privados y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, encuadrando el primer tipo de regulaciones en la materia de legislación civil o mercantil. En tal sentido, la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción for-*

en su FJ 4 que «*la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales*», concluimos que el legislador autonómico, *ex* artículo 148.1.8 y 51 CE, no goza de la competencia legislativa para delimitar el criterio de habitualidad en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, como así viene realizando en la actualidad, de una forma, además, restrictiva y heterogénea, siendo el causante, en nuestra opinión, del caos regulatorio y de la inseguridad jurídica que orbita actualmente en torno a la figura de los *alquileres turísticos* y que son el origen de la problemática expuesta en este artículo. En este sentido, consideramos que el legislador autonómico no tiene la potestad legislativa para delimitar el instrumento jurídico a partir del cual se fijan, además de imponerse la obligatoriedad de los distintos servicios puramente *turísticos o accesorios* al alojamiento de carácter jurídico-público o administrativo, las condiciones que determinan el estatuto jurídico de las partes que desarrollan estos contratos. En base al criterio de habitualidad delimitado por las CC.AA., y no en base a la existencia de eventuales servicios adicionales al alojamiento, creemos que el legislador autonómico establece los parámetros a partir de los cuales los sujetos que celebren una determinada cesión temporal del uso de una vivienda verán modificada su condición jurídica de particulares-no profesionales (en los *arrendamientos vacacionales*), en profesionales o empresarios y consumidores y usuarios (en los *alquileres turísticos*), legislando, así, sobre una materia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.6 y 13 CE, sobre la que, además, hasta el momento, no se ha producido ninguna delegación expresa a las CC.AA. a través de una LO, sino tan solo un guiño» a esta posibilidad a través del apartado e), artículo 5 LAU.

Por todo ello, partiendo de la premisa expuesta hasta este punto, en base a la cual consideramos que el criterio de habitualidad, delimitado en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es el instrumento jurídico que fija el momento en el que se produce la expresa exclusión de un *arrendamiento vacacio-*

mulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales. Por eso, dicha definición excede los límites de la competencia autonómica sobre comercio interior la cual, al regular estas relaciones entre los comerciantes y los destinatarios de sus servicios, está incidiendo en la legislación mercantil de competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.6 CE».

nal de la LAU ex artículo 5 e) y se origina, en su lugar, un *alquiler turístico*, caracterizado por la condición jurídica de las partes como profesionales y consumidores y usuarios y el ofrecimiento de una serie de servicios *turísticos o accesorios* al alojamiento, de carácter jurídico-público o administrativo, a continuación, en base a lo anterior, trataremos de ofrecer al legislador una propuesta de solución a la incertidumbre jurídica que se ha instalado en torno a la figura de los nuevos *alquileres turísticos*.

3.2 UNA PROPUESTA DE RECONFIGURACIÓN

Con la exclusión del artículo 5 e) LAU se vislumbra la intención política del legislador estatal de ceder al autonómico la responsabilidad de controlar y hacer frente al auge de este tipo de cesiones de viviendas. Sin embargo, y como así hemos expuesto anteriormente, esta solución no es, en nuestra opinión, jurídicamente la más acertada ni la más equívoca con los intereses en juego. En este sentido, y para resolver una de las prioridades del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo que hizo público en agosto de 2018, como es la de «regular la vivienda vacacional con el fin de definir qué se entiende por alquiler vacacional y vivienda turística para que todas las CC.AA. tengan un mismo punto de partida desde el cual luego poder legislar»²⁶⁰, creemos que es necesaria la reconfiguración del criterio de habitualidad delimitado por las diferentes CC.AA.²⁶¹.

En este contexto, proponemos la reconfiguración de este criterio a partir de su delimitación por parte del legislador estatal (3.2.1), cuyo límite se fija en base a las recomendaciones emanadas de la

²⁶⁰ Información recuperada de PUENTE ORENCH y VALDENEBRO MONZÓN, 2018, p. 21.

²⁶¹ En esta misma línea parece situarse la ACCO (Autoridad Catalana de Competencia), que, tomando como referencia países de nuestro entorno como Francia y Reino Unido, pues, según expone RODRÍGUEZ FONT, 2018, pp. 307 y 308, «apuesta por la desregulación de la prestación de este tipo de servicios en materia de turismo: por la no sumisión, ni tanto sólo, a declaración responsable, sin perjuicio de las obligaciones de carácter tributario, entre otras, de las que los particulares tengan que responder. Y para los sujetos que ejerzan esta actividad de manera reiterada, invita a fijar una regulación de mínimos que, a su parecer, tampoco es la que han previsto los sucesivos proyectos de reglamento», mostrándose «siempre favorable a una regulación laxa de las obligaciones de las VUT, pero a la vez capaz de distinguir entre los sujetos que participan con continuidad en este tipo de actividades (los profesionales u operadores económicos) y los que lo hacen de forma ocasional, siendo partidaria, en este último supuesto, de la no sumisión a título habilitante alguno». Por otro lado, la Comisión Europea, 2016a, p. 8, considera que, a efectos de regulación de las actividades de alojamiento, los particulares que ofrezcan servicios entre pares, de manera ocasional, a través o no de plataformas digitales, no deberían ser tratados automáticamente como prestadores de servicios profesionales. Para ello, se recomienda que es necesario establecer umbrales dentro de los cuales determinadas actividades entre pares no se consideren profesionales.

Unión Europea (3.2.2), que sea controlado y vigilado mediante Registros específicos que velen por su correcto cumplimiento (3.2.3). De este modo, entendemos que se lograría crear un espacio jurídico en el sector del alojamiento que posibilitaría la convivencia y el equilibrio de, por un lado, los arrendamientos vacacionales, celebrados entre particulares –por períodos cortos de tiempo–, a los cuales no les son de aplicación ni el Derecho de consumo ni los Decretos autonómicos; y de los alquileres turísticos, por el otro, gestionados por empresarios o profesionales y sometidos a las normativas de consumo y a las autonómicas de turismo²⁶².

3.2.1 Un criterio de habitualidad homogéneo

Como establece la CNMC²⁶³ en el Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España de 2018, en su primera recomendación, los cambios que se están produciendo en el mercado del alojamiento turístico deben acompañarse de una revisión de la regulación que no frene la innovación ni impida el desarrollo de nuevas formas de alojamiento, de modo que solo se intervenga en el mercado cuando sea necesario para paliar un fallo de mercado por una razón de imperioso interés general, de manera proporcionada y no discriminatoria, una revisión que debería *«contribuir a reducir la heterogeneidad actual de la normativa, que, al no responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, genera mayor inseguridad jurídica y reduce la eficiencia del mercado»*. En este sentido, la situación actual en la que cada CC.AA. regula esta materia no ayuda a resolver el problema, sino mas bien lo contrario.

Por ello, creemos que la determinación del criterio de habitualidad, por parte del legislador español –en base a las recomendaciones realizadas por la UE–, en lugar del legislador autonómico, es una medida que ayudaría a solventar y a resolver este escenario de inseguridad jurídica y de *caos normativo*²⁶⁴ en que se encuentra la regulación de los alquileres turísticos, un escenario provocado por la *«dejaición» regulatoria del Estado*²⁶⁵. En esta línea, creemos que

²⁶² DESDENTADO DAROCA, 2019a, p. 83, comenta que *«el deslinde del arrendamiento de temporada con la actividad de alojamiento turístico en viviendas residenciales (...) no puede quedar en manos de las Comunidades Autónomas. Las indeseables consecuencias de esta situación están a la vista»*.

²⁶³ CNMC, 19 de julio de 2018, p. 64.

²⁶⁴ OTERO COBOS, 2019, p. 358.

²⁶⁵ DESDENTADO DAROCA, 2018b, pp. 15 y 16, habla de *«“dejaición” regulatoria del Estado –la ausencia de determinación del criterio de diferenciación entre arrendamientos de temporada y alojamientos turísticos– sobre la cuestión mediante el simple expediente*

es necesario que se modifique el polémico apartado e) del artículo 5 LAU, incluyéndose en el mismo el criterio de habitualidad o a la condición de profesional fijada previamente por el Estado, a partir del cual, exactamente, dictamine en qué circunstancias se va a producir la exclusión efectiva del arrendamiento vacacional y tendrá lugar el alquiler turístico, homogeneizándolo²⁶⁶ en el territorio nacional, aportando una importante estabilidad y seguridad jurídica²⁶⁷. De este modo, los criterios de habitualidad analizados anteriormente tan solo deberían remitirse a la normativa estatal para fijar el momento en que serían de aplicación.

Desde nuestro punto de vista, el nuevo criterio de habitualidad debería ser dictado por el legislador estatal²⁶⁸ (*ex art. 149.1.6 CE*), inspirado en las recomendaciones de la Unión Europea²⁶⁹ que, a diferencia de la configuración autonómica actual, favorecería un ámbito de actuación a los particulares que les permita desarrollar las actividades de alojamiento de forma esporádica y no profesional, sin tener que por ello soportar cargas administrativas y barreras legales²⁷⁰ propias de profesionales, más allá, por supuesto, de sus correspondientes obligaciones fiscales²⁷¹. En este sentido, ante la inclusión del apartado e) al artículo 5 LAU, advertía González Fernández²⁷² que *«lo que no debiera ocurrir es que la diferencia entre habitualidad y la eventualidad la determine cada Comunidad Autónoma, independientemente de las demás, pues se estaría conculcando el principio de la unidad de mercado»*, ante lo que se

de remitir el tema a las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos resulta, por tanto, discutible y criticable, pues plantea problemas de orden competencial y también de inseguridad jurídica, heterogeneidad y desigualdad regulatoria que termina afectando a las facultades de disposición de los propietarios sobre sus bienes, sin que esa quiebra de la igualdad tenga justificación alguna».

²⁶⁶ Sobre este aspecto, PUENTE ORENCH y VALDENEBRO MONZÓN, 2018, p. 20, apuntan que *«Es previsible que el Estado establezca próximamente alguna regulación homogénea, pero hasta que lo haga, la normativa principal a tener en cuenta es la autonómica».*

²⁶⁷ Sobre este aspecto, LÓPEZ BARBA, 2018, p. 271, advierte que existe *«una línea crítica que denuncia cómo en un periodo de cohesión normativa con Europa el Estado español, sin embargo, apueste por la diversidad normativa, precisamente en un sector tan determinante para su economía, permitiendo la contradicción entre diecisiete ordenamientos jurídicos, que obliga a operados de ámbito internacional a adaptar sus estructuras, dentro de un mismo Estado, a cuerpos normativos dispares en atención al territorio, lo que dificulta, por ejemplo, la seguridad para los consumidores y usuarios».*

²⁶⁸ En la misma línea, MAGRO SERVET, 2017a, p. 4, habla de un *«principio de seguridad jurídica y de legalidad basado en que el alquiler vacacional se asiente en una normativa legal ordenada y homogénea en las Comunidades Autónomas, aunque quizás sería adecuada una ordenación legal a nivel nacional».*

²⁶⁹ Comisión Europea, 2016a, pp. 10 y 11.

²⁷⁰ Coincidimos con OTERO COBOS, 2019, p. 359, en que *«urge una regulación uniforme más eficiente y que respete la autonomía de la voluntad en la contratación».*

²⁷¹ En nuestro mismo sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018a, p. 92.

²⁷² GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 170.

lamentata Otero Cobos²⁷³ que *«pierde así el legislador la oportunidad de regular este tipo de alojamiento y permite, sin embargo, que surja una disparidad normativa (...) una fragmentación normativa que amenaza la unidad de mercado [que,] al mismo tiempo (...) puede generar una ruptura con la estrategia de Mercado Único Digital que persigue la Comisión Europea»*. En esta línea, compartimos la afirmación de Blanquer Criado cuando indica que *«esa Ley debe ser una Ley estatal, porque en virtud de la distribución constitucional de competencias (artículo 149. 1. 6 y 8 de la Constitución), la regulación de las relaciones contractuales es competencia exclusiva del Estado. Las Comunidades Autónomas tienen competencia para ordenar y promover el turismo (artículo 148.1.18 de la misma), pero no están habilitadas por la Constitución para fijar y establecer el régimen sustantivo de los contratos turísticos (no mediante Leyes ni a través de Reglamentos)»*²⁷⁴.

En definitiva, partimos de la base de que corresponde al Estado establecer el criterio de la habitualidad para homogeneizarlo en todo el territorio nacional²⁷⁵, el cual debe ser fijado teniendo en cuenta los umbrales que veremos a continuación –ánimo de lucro, frecuencia del servicio y nivel de negocio–, para dar una respuesta a esa *«necesidad de aprobar una normativa general, en la que, tras escuchar a todos los sectores afectados, defina cuál debe ser el contenido y alcance de la intervención pública en esta actividad económica, y se fijen unas pautas o criterios mínimos de intervención y de intensidad en su aplicación»*²⁷⁶, un proceso que, al mismo tiempo, debe implantarse igualmente a nivel europeo, delimitando un mismo requisito de habitualidad común para toda Europa.

3.2.2 Un criterio de habitualidad en línea con Europa

La relevancia del criterio de habitualidad ha alcanzado su máxima repercusión con el auge del nuevo paradigma socioeconómico que nosotros conceptualizamos bajo el término de economía circu-

²⁷³ OTERO COBOS, 2019, pp. 339 y 355.

²⁷⁴ Extracto recuperado de LÓPEZ BARBA, 2018, p. 270.

²⁷⁵ Comparten esta idea de un criterio homogeneizado MARTÍNEZ-NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, pp. 2 y 3, quienes comentan que *«esta dispersión normativa resulta desaconsejable y criticable dada el desarrollo transfronterizo de esta actividad económica, que supera no solo los límites autonómicos sino también los estatales, siendo una actividad en la que está presente con frecuencia un elemento de internacionalidad»*. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.180, comenta que *«la falta de un criterio uniforme en la normativa turística autonómica de VFT (...) supone un obstáculo más para lograr una regulación homogénea y global sobre la materia, lo que a nuestro juicio resulta del todo criticable»*.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.182.

lar 2.0²⁷⁷, es decir, la (mal llamada) economía colaborativa, un fenómeno a partir del cual aumenta exponencialmente el número de alojamientos realizados entre particulares que, como hemos expuesto anteriormente, incrementa, haciendo menos claros los límites establecidos entre la prestación profesional y la no profesional de servicios²⁷⁸. Esta situación puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables, especialmente cuando se combina con la fragmentación reglamentaria resultante de enfoques reguladores divergentes a nivel nacional o local, aumentando el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público.

En este contexto, la Unión Europea ha abordado jurídicamente la cuestión en diversas ocasiones²⁷⁹, aunque, con especial interés, en la *Agenda Europea para la Economía Colaborativa*²⁸⁰, donde, entre otras medidas, recomienda a los diferentes Estados la adopción de un criterio de habitualidad que tenga en consideración tres factores para determinar el criterio de habitualidad: una finalidad lucrativa (3.2.2.1), la frecuencia de la actividad económica (del alojamiento) (3.2.2.2) y el volumen de negocio (3.2.2.3).

En este sentido, creemos que la modificación del criterio de habitualidad en España debe tener en cuenta estos tres factores.

3.2.2.1 LA FINALIDAD LUCRATIVA

Respecto a la *finalidad lucrativa*, como expusimos anteriormente, es un parámetro que, en principio, pudiera parecer que no representa ninguna complicación jurídica al configurarse normalmente en contraposición a la gratuita. Sin embargo, la situación difiere cuando se trata de definir qué se entiende por ánimo de lucro.

En el sector económico del alojamiento, la doctrina mayoritaria entiende que el ánimo de lucro se relaciona con la obtención de una

²⁷⁷ Economía circular 2.0 es un concepto propio y original que propusimos por primera vez en la «*Jornada internacional del consumo colaborativo: el nuevo desafío del mercado de la economía digital*», en la Universidad de Barcelona el 20 de octubre de 2017, con la comunicación «Consumo colaborativo, economía colaborativa, o economía circular 2.0?», recogida en la Crónica sobre la jornada internacional publicada en la *Revista Catalana de Dret Privat* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 18, 2018, p. 214, una propuesta que hemos enriquecido y ampliado posteriormente en BOTELLO HERMOSA, 2019a, pp. 21-41.

²⁷⁸ En esta línea, dispone ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 56, que *las viviendas destinadas a uso turístico deben ser objeto de control y regulación legal (...) el problema está en determinar en qué medida debe realizarse esta regulación*.

²⁷⁹ A título de ejemplo, podemos citar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (21 y 22 de enero de 2014), sobre Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01).

²⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, 2016a.

cantidad de dinero –como una obligación pecuniaria–, de forma que se equipara ánimo de lucro con la obtención de una cierta cantidad dineraria, con una obligación o un crédito pecuniario, excluyéndose de esta noción las obligaciones no pecuniarias como trueques o intercambios de casas, que, contrariamente a nuestro parecer, se entienden realizadas sin ánimo de lucro²⁸¹. No obstante, desde nuestro punto de vista, su significado es más amplio. Así, pensamos que el ánimo de lucro debe ser sinónimo de intercambio económico, de onerosidad, tanto pecuniaria como no pecuniaria, por lo que no estamos de acuerdo con la concepción actual de ánimo de lucro ofrecida por la doctrina que admite que tanto los trueques como las actividades económicas que se desarrollan en los Bancos de tiempo, entre otros, se conciben sin ánimo de lucro y, por lo tanto, se consideran colaborativas.

En efecto, opinamos que la finalidad lucrativa –entendida como ánimo de lucro–, es la intención de llevar a cabo un intercambio económico, de modo que, siguiendo lo dispuesto por la Real Academia Española²⁸², donde se define el *intercambio* como *la acción*

²⁸¹ Entre otros OTERO COBOS, 2019, p. 342, dispone, sobre los Alquileres turísticos, que «*junto al requisito de comercialización nos encontramos con el necesario carácter lucrativo de la actividad. La cesión de la vivienda debe realizarse a cambio de un precio, de forma que el alquiler gratuito no formaría parte del ámbito de aplicación de la norma que estudiamos, ni, por supuesto, el intercambio o permuta de la vivienda*». Igualmente, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p. 170, en la nota a pie de página n.º 13, estima que «*no todos los alojamientos que se ofertan en tales plataformas digitales como “turismo colaborativo” pueden incluirse, verdaderamente, bajo dicho paraguas. Así, consideramos que sí lo son aquellas actividades y servicios que se basan en el intercambio o la cooperación y que carecen de ánimo de lucro (tal es el caso, por ejemplo, de Blablacar o Couchsurfing o el HomeExchange); y, en el caso de las VFT, también lo es, a nuestro juicio, el alquiler de viviendas infratilizadas (residencia habitual o segundas residencias) en las que el propietario –o, en su caso, el arrendatario– reside habitualmente en ellas, o por temporadas, y que únicamente se destinan al alojamiento de turistas ocasionalmente, en todo o en parte, y de forma no profesionalizada, aunque se reciba una remuneración por todo ello, siempre que solo se pretenda lograr un ingreso extra, como complemento del sueldo, y cumpliendo, en todo caso, sus obligaciones fiscales del IRPF*». DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, REALA, 2016, pp. 32 y 33, considera que «*el núcleo común [de la economía colaborativa] (...) Se trata, en definitiva, de formas de compartir que tienen en común la inexistencia de ánimo de lucro (...). La única diferencia existente entre la novedosa economía colaborativa y los trueques e intercambios que se han hecho toda la vida en nuestras sociedades es la forma de acceder a ellos, puesto que en la actualidad se hace a través de las nuevas tecnologías, lo que permite un consumo mucho más eficiente y un mayor conocimiento de la oferta disponible*».

²⁸² <https://dle.rae.es/?id=DgIqVCc>, en donde se define el término intercambio como la «*Acción o efecto de intercambiar*», e intercambiar como «*Hacer cambio recíproco de una cosa o persona por otra u otras*». Así, se podría considerar el intercambio como el cambio recíproco de una cosa. En esta línea, Cambio se define como «*Dejar una cosa o situación para tomar otra*», o también «*Dar o tomar algo por otra cosa que se considera del mismo valor o análogo*»; Recíproco se define como «*Igual en la correspondencia de uno a otro*», definiendo la acción de corresponder en relación a las cosas como «*Dicho de una cosa: Tener proporción con otra*»; y, finalmente, Cosa se define como «*Lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta, o virtual*» o también como un «*Asunto, tema o negocio*», es decir, en relación con todo lo visto, un «*bien o servicio*».

de dejar, dar o tomar un bien o servicio a cambio de otro cuyo valor sea igual, proporcional o análogo», el concepto de intercambio se equipara a la noción de *ánimo de lucro*²⁸³, concebido como la finalidad –*animus*²⁸⁴– de obtener un provecho, ganancia, utilidad, en definitiva un *lucro*²⁸⁵, el cual se obtiene, precisamente, mediante un determinado intercambio económico.

De esta forma, pensamos que se realizan con ánimo de lucro los trueques o las actividades que se realizan a través de los Bancos de tiempo, ya que, pese a que puedan potenciar valores sociales y humanos», la realidad es que, desde un punto de vista jurídico, las partes obtienen siempre una ganancia, un provecho, una utilidad, un beneficio o un rendimiento que se obtiene mediante la entrega y obtención de una cosa²⁸⁶. Así, creemos que todas las actividades donde se produzca un intercambio económico no pecuniario no deben ser consideradas sin ánimo de lucro ya que, en todas ellas, se produce un sacrificio patrimonial por ambos contratantes que no es necesariamente dinerario.

Por todo ello, en aras de configurar el requisito de habitualidad, somos partidarios de que el legislador estatal debería clarificar si el factor de la *finalidad lucrativa* acepta o no la posibilidad de contra-prestaciones no pecuniarias. De esta forma, debería precisarse si,

²⁸³ Diccionario Trivium. Derecho y economía. (1998). Ed. Trivium, 1.º ed. Madrid. *Ánimo de lucro: Obrar con el deseo de obtener un beneficio*. Por otro lado, dispone el diccionario jurídico ESPASA (Diccionario Espasa Jurídico (2001). Ed. Espasa, Madrid), que «la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria lo entienden en sentido amplio, como *animus lucrifaciendi gratia es decir, considerándolo como “propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja”*», en la misma línea que lo que se expone en WOLTERS KLUWER (http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?para ms=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDUzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwu-QQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA6DNj_TUAAAA=WKE), para quienes «*jurídicamente sería la intención, voluntad interna, ánimo de un sujeto de derecho, considerado como requisito indispensable para la validez de ciertos actos o negocios jurídicos. (...) En sentido lato el ánimo de lucro sería la intención de una persona de incrementar su patrimonio u obtener cualquier otro provecho mediante un acto jurídico lícito o ilícito*». Además, BAJO FERNÁNDEZ, ADPCP, 1975, p. 369, añade que *en conclusión creemos que, en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como “la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”*». Por estas razones, consideramos que el intercambio económico –dinerario o no–, debe entenderse como sinónimo de la obtención de *ánimo de lucro*, que, igualmente, podrá ser de carácter pecuniario o no, representando ambas nociones la principal diferencia entre las dos dimensiones que componen el concepto de la *economía* en su acepción como *actividad económica*, es decir, entre el ámbito de la economía colaborativa y el ámbito propio de la economía que se desarrolla en los mercados.

²⁸⁴ Diccionario jurídico empresarial (2005). Ed. Deusto jurídico. *Animus: intención, voluntad*; GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro: *Diccionario jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011: *Animus: intención, voluntad o deseo de hacer algo*.

²⁸⁵ Diccionario jurídico empresarial (2005). Ed. Deusto jurídico. *Lucro: ganancia o provecho que se obtiene de algo. Lucrativo: que produce utilidad o ganancia*.

²⁸⁶ GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro: *Diccionario jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011: *Lucro: Ganancia, provecho, utilidad, beneficio o rendimiento que se obtiene de una cosa*.

efectivamente, para la configuración de la condición jurídica de profesional o empresario, la finalidad lucrativa hace referencia solo a cantidades pecuniarias o no, puesto que, en dicha hipótesis, entonces, pensamos que sería más acertado hablar de *finalidad pecuniaria* que *lucrativa*, ya que esta segunda hace referencia a las obligaciones onerosas que engloban tanto a las pecuniarias como a las no pecuniarias, como el trueque.

3.2.2.2 LA FRECUENCIA DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA (DEL ALOJAMIENTO)

La frecuencia de la actividad económica (o frecuencia del servicio de alojamiento) hace referencia a la cantidad de veces que se cede temporalmente el uso de una vivienda a cambio de un precio, es decir, a la cantidad de veces que se arrienda una vivienda. Es el elemento que el legislador autonómico utiliza para delimitar el restrictivo requisito de habitualidad.

Actualmente, el límite que fija la frecuencia de los servicios en nuestro país viene determinado por las diferentes CC.AA., los cuales, en su mayoría, lo establecen en el primer o segundo día de actividad, o simplemente desde el momento en el que se comercializa una vivienda a través de un canal de oferta turística. Consideramos que se trata de una medida injustificadamente restrictiva si se tiene en cuenta la recomendación que hace la UE al respecto, que habla de noventa días al año²⁸⁷, un límite que, por otro lado, se sitúa en la línea de los sesenta días que recomienda el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa catalana²⁸⁸, o, también, como así indica en el estudio elaborado por la CNMC²⁸⁹, entre otras ciudades, en Berlín, que, desde mayo de 2018, se permite de nuevo el arrendamiento de corta duración sin limitaciones para propietarios que arrienden su vivienda principal con una limitación temporal de noventa días al año para segunda vivienda (como así preveía la antigua normativa de la Comunidad de Madrid), al igual que en Londres, donde la nueva Ley permite que cualquier residencia, ya sea habitual o secundaria, pueda ser cedida hasta noventa días al año sin necesidad de autorización, y en menor

²⁸⁷ Comisión Europea, 2016a, p. 6.

²⁸⁸ Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, p. 14, en el que se propone que se valore la posibilidad de prever un umbral combinado que delimite lo que es profesional o esporádico, a los efectos de facilitar el control: uno temporal (por ejemplo, 2 meses de cesión anuales como máximo).

²⁸⁹ CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 72 a 79.

medida Ámsterdam, que había fijado el límite en sesenta días, pese a que para 2019 pretendía rebajarlo a treinta, como así estipula, por su parte, Castilla y León, con treinta noches²⁹⁰.

Por ello, pensamos que es necesario que la frecuencia con la que se lleve a cabo la actividad económica del alojamiento, es decir, la cantidad de veces que un arrendador particular alquile su vivienda, entendido como un factor que delimite el criterio de habitualidad, se amplíe siguiendo las recomendaciones de la UE y los propios grupos de trabajo internos. De este modo, se conseguiría fijar el espacio de lo esporádico, de lo no habitual y no profesional, un entorno jurídico en el que los particulares podrán actuar en el mercado como tales, sin necesidad de cumplir con los requisitos turísticos administrativos ni tener que estar sometidos al ámbito de aplicación del Derecho de consumo. Este nuevo límite, desde nuestro punto de vista, establecería un escenario de convivencia en el que tendrían cabida todos los actores que participan en el sector del alojamiento, es decir, tanto los particulares que ofrecen sus viviendas de forma esporádica o no habitual, como los profesionales que realizan esta actividad de forma habitual. En este sentido, creemos que sería positivo para los arrendatarios²⁹¹, particulares o consumidores y usuarios, pues, siempre y cuando estas medidas se lleven a cabo con el control administrativo y registral adecuado, verían ampliada la oferta y variedad de posibilidades de alojamientos, pudiendo así contratar tanto como particulares con arrendadores particulares –con sus ventajas e inconvenientes que lleva aparejadas, como sería, a título de ejemplo, el no sometimiento de la relación jurídica al Derecho de consumo–, o, también, como consumidores y usuarios que contratan con los tradicionales profesionales –igualmente con sus ventajas e inconvenientes que lleva aparejadas–, una posibilidad que, evidentemente, debería contar con la colaboración e implicación de las plataformas digitales.

²⁹⁰ En nuestro mismo sentido, RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 319, quien comparte que *«no acierto a comprender (...) por qué no se plantea seriamente el uso de las soluciones ya adoptadas en ciudades como Londres, Ámsterdam o París. Éstas, previa instauración de umbrales temporales y/o económicos que no puedan superarse –y acuerdos de colaboración con las plataformas–, han optado por combinar la no sumisión a intervención administrativa con, en ciertos casos, un régimen fiscal satisfactorio para prosumidores y Administraciones»*. DE CASTRO VÍTORES, 2019, pp. 273 y 274, se muestra favorable con que *«el alquiler quinquenal, al menos ejercido durante dos o tres meses, debiera respetarse como de temporada»*.

²⁹¹ Estima la CNMC, 19 de julio de 2018, pp. 72 a 79, que, entre una gran variedad de ventajas, *«la entrada de nuevos agentes en el mercado genera efectos pro competitivos derivados del incremento de la cantidad y variedad de la oferta (...), provoca una reducción en el precio medio del mercado (...), incentiva la mejora de la calidad ofertada (...), incrementan la variedad de las opciones de alojamiento turístico disponibles [que] permiten un mejor ajuste a sus necesidades que otros alojamientos turísticos tradicionales (...), aumenta la flexibilidad de la oferta de alojamiento»*.

3.2.2.3 EL NIVEL DE NEGOCIOS

Junto a la finalidad lucrativa y a la frecuencia de los alojamientos, se propone desde la UE que se valore igualmente el nivel de negocios que se obtiene con dicha actividad para configurar el criterio de habitualidad, en el mismo sentido que nuestro Tribunal Supremo²⁹², cuando apunta que *«a la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad al montante de la retribución»*.

Así, este tercer umbral propuesto por la UE hace referencia al nivel de ingresos que se obtiene de una determinada actividad económica, con la condición de que estos provengan de la misma actividad económica²⁹³ —el alojamiento—. En este sentido, con la finalidad de delimitar lo que es profesional de lo que es esporádico, se propone en el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa catalana que se valore un umbral de ingresos de no más de 6000 €²⁹⁴. A nivel jurisprudencial, nuestro Tribunal Supremo²⁹⁵ fija en el salario mínimo percibido en un año natural²⁹⁶ el límite *«apto para apreciar el requisito de la habitualidad»*.

²⁹² STS, Sala 4.ª, de lo Social, 20 de Marzo de 2007, FJ 4.

²⁹³ En este sentido, *«cuanto más alto es el volumen de negocio generado por el prestador de servicios (procedente de una o más plataformas colaborativas) más indicios hay de que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante. A este respecto, es importante evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador procede de la misma actividad (p. ej., el uso compartido de vehículos) o de varios tipos de actividades (uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). En el segundo supuesto, un mayor volumen de negocio puede no implicar necesariamente que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante, ya que puede no haber sido obtenido necesariamente en relación con el otro negocio (principal) del prestador»*. Comisión Europea, 2016a, p. 11.

²⁹⁴ Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, p. 14, en el que se propone que se valore la posibilidad de prever un umbral combinado que delimite lo que es profesional o esporádico, a los efectos de facilitar el control: uno temporal (p. ex., 2 meses de cesión anuales como máximo).

²⁹⁵ STS, Sala 4.ª, de lo Social, 20 de marzo de 2007 FJ 4.

²⁹⁶ Sentencia de TS, sala 4.ª, de lo social, 29 de octubre de 1997, FJ 3, determina que *«la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de Seguridad Social, de suerte que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más usual a efectos de medir rentas o actividades»*.

En este sentido, al igual que lo expuesto sobre la frecuencia de los servicios, debería fijarse, un límite mínimo de ingresos económicos a partir de los cuales pudiera cuestionarse la condición de profesional o empresario de los arrendadores, y esto en conjunto con el resto de los factores. De este modo, se evitaría la calificación directa de los particulares como profesionales o empresarios por el simple hecho de realizar una acción determinada, es decir, por el hecho de alquilar una vivienda, durante un periodo corto de tiempo, a través de una plataforma digital.

Desde nuestro punto de vista, nuestro legislador debería tener en cuenta estos límites para fijar, finalmente, el criterio de habitualidad, en conjunto con los anteriores de la frecuencia con la que se lleven a cabo los arrendamientos con ánimo de lucro.

3.3 UN REGISTRO DE ALQUILERES TURÍSTICOS

La configuración del criterio de habitualidad por parte del Estado en base a la recomendación europea presenta, como exponía el Tribunal Supremo, unas *dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad*, que, desde nuestro punto de vista, pueden verse solucionadas con la creación de Registros específicos de turismo y la obligatoria colaboración con estos de las plataformas digitales²⁹⁷.

En efecto, en el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa de Cataluña²⁹⁸, se propone la creación de un *nuevo Registro, independiente del Registro de Turismo (...)*, [una]

²⁹⁷ En este sentido, se expone en el Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía Colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, p. 15, que «*estos umbrales y su control, en el caso de las cesiones esporádicas, proponen que se haga por vía denuncia de los vecinos, control de ingresos vía la información que faciliten las plataformas y control de titulares vía Registro de Turismo*».

²⁹⁸ Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017, pp. 16 y 17, http://economia.gencat.cat/web/.content/70_economia_catalana/arxius/economia-collaborativa/conclusiones-gt-turismo.pdf, en donde se propone la creación de un *nuevo Registro, independiente del Registro de Turismo de Cataluña*, [una] *herramienta administrativa para tener información respecto de los domicilios habituales que llevan a cabo la actividad de compartir la vivienda Generalitat de Catalunya Departament d'Empresa i Coneixement Direcció General de Turisme*». Se añade que sea un Registro automatizado, en la que la presentación de la DR se haga vía telemática mediante el portal Canal Empresa. Además, se insta a que halla «*colaboración con las plataformas: hacer posible que, a partir del registro del anuncio en una plataforma, esta pueda tramitar la DR del interesado a la Administración*», de modo que éstas puedan *facilitar esta información a los entes locales respectivos para que tengan conocimiento*». En definitiva, se propone la creación de un *Registro competencia de vivienda*».

herramienta administrativa para tener información respecto de los domicilios habituales que llevan a cabo la actividad de compartir la vivienda». Se añade que sea un Registro automatizado, en la que la presentación de la DR se haga vía telemática mediante el portal Canal Empresa, instándose, además, a que halla *colaboración con las plataformas: hacer posible que, a partir del registro del anuncio en una plataforma, esta pueda tramitar la DR del interesado a la Administración»*, de modo que éstas puedan *facilitar esta información a los entes locales respectivos para que tengan conocimiento»*. En definitiva, se propone la creación de un *Registro competencia de vivienda»*, un Registro conectado al resto de Registros públicos, con toda la información administrativa y fiscal actualizada y controlada —especialmente la relacionada con los umbrales anteriormente mencionados—, que permita, en tiempo real, determinar la condición jurídica de los sujetos que realicen este tipo de relaciones jurídico-privadas²⁹⁹. En este sentido, comenta Rodríguez Font³⁰⁰ que *«el acceso a la información, a efectos de poder llevar a cabo todo tipo de controles públicos puede organizarse, por ejemplo, vía acuerdos de colaboración Administración-plataformas digitales; que en materia tributaria son ya una realidad en otros países. A partir de aquí, y en virtud de las relaciones de cooperación y colaboración interadministrativa, podría liberarse de cargas a los oferentes esporádicos. Podría prescindirse de la intervención administrativa directa, previa determinación de una adecuada combinación de umbrales»*. De esta forma, cuando un particular trate de ceder temporalmente el uso de su vivienda, en función de la información reunida por la administración, la plataforma debería detectar automáticamente si se trata de un particular o de un profesional, y, en función a estos elementos, comunicar imperativamente de las consecuencias al arrendatario³⁰¹ para que pueda tomar una decisión con fundamento. Justamente, en el supuesto de que la plataforma tuviera actualizados los datos relativos a la habitualidad de la actividad del alojamiento, se podría advertir al arrendador sobre del momento exacto en el que su condición jurídica se

²⁹⁹ PUENTE ORENCH y VALDENEBRO MONZÓN, 2018, p. 21, destacan que, entre las ideas que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo propuso *«estaba la creación de un «registro único» de pisos turísticos con los datos aportados por las CC.AA. para ofrecer una imagen real del número de viviendas así comercializadas, ayudar a mejorar su calidad así como poder evaluar su impacto en el turismo»*.

³⁰⁰ RODRÍGUEZ FONT, 2018, p. 320.

³⁰¹ En esta misma línea, MARTÍN MORAL, 2017, p. 201, considera que *«es conveniente que el usuario pueda conocer si se encuentra ante un prestador de servicios profesional o particular y si, en consecuencia, le es aplicable o no el Derecho de consumo. A tal fin, debería revisarse el «deber de información» de la plataforma colaborativa, obligándola a indicar si el prestador de servicios actúa en calidad de empresario o conminar a éste a ofrecer tal información a través de la plataforma»*.

transformaría en la de profesional –por reunir los requisitos de la habitualidad–, de modo que, a partir de ahí, sería decisión suya seguir ejerciendo la actividad de arrendamiento como un profesional –obligado a ofrecer los diferentes servicios complementarios al arrendatario–, o, en caso contrario, cesar la actividad hasta el año siguiente. Además, desde la perspectiva del arrendatario, esta medida tendría igualmente ventajas porque, al igual que el arrendador, estaría totalmente informado de las condiciones y consecuencias legales del servicio a contratar. Así, en base a estos elementos, el arrendatario sabría de antemano si gozaría de la consideración de turista –con todas las ventajas que ello comporta, especialmente la protección de la normativa de consumo–, o simplemente la consideración de un arrendatario particular que, al contratar con otro particular, no goza del anterior derecho tuitivo –sin que por ello deba, sin embargo, desprenderse que ambos particulares quedan desprotegidos³⁰², ya que las propias plataformas cuentan con sistemas de reputación y de confianza que sirven de protección–.

Por todo ello, consideramos que el Estado debe garantizar la existencia de las dos modalidades de alojamiento³⁰³; los arrendamientos vacacionales (particular-particular) y los alquileres turísticos (consumidores y usuarios y profesionales), permitiéndose que, de forma informada, controlada y con un mínimo de garantías y de seguridad, la elección final entre estas dos opciones pueda ser

³⁰² En sentido contrario, parece posicionarse MARTÍN MORAL, 2017, p. 201, cuando concluye que *«con independencia de que el prestador de servicios sea o no profesional, siempre ha de garantizarse al consumidor una protección efectiva y elevada. Las tradicionales normas de Derecho de consumo no son aplicables a las relaciones entre prestador de servicios particular y consumidor, si bien, debería procurarse a los consumidores una tutela cercana a la de aquellos que actúan con empresarios»*.

³⁰³ En esta línea parece avanzar la Comisión Europea en su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. [Bruselas, 11.4.2018 COM(2018) 185 final 2018/0090 (COD) (Texto pertinente a efectos del EEE) {SWD(2018) 96} - {SWD(2018) 98}], Artículo 2 – Modificaciones de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, en él se añade un nuevo artículo 6 bis en la Directiva 2011/83/UE que establece requisitos de información precontractual adicionales para los contratos celebrados en mercados en línea, a saber: 1) la descripción de los principales parámetros que determinan la clasificación de las distintas ofertas, 2) si el tercero que ofrece el producto es o no comerciante, 3) si los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la UE en materia de protección de los consumidores se aplican al contrato y 4) en caso de que el contrato se celebre con un comerciante, qué comerciante es responsable de garantizar los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la UE en materia de protección de los consumidores en lo que respecta al contrato <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0185&from=ES>

tomada por las partes³⁰⁴, y no impuesta por las CC.AA., como sucede actualmente a través de un criterio de habitualidad injustificadamente restrictivo que excluye los arrendamientos vacacionales³⁰⁵. En definitiva, corresponde al Estado establecer el criterio de la habitualidad, el cual debiera ser delimitado conforme a los umbrales expuestos anteriormente —ánimo de lucro, frecuencia del servicio y nivel de negocio—, homogeneizándolo en todo el territorio nacional³⁰⁶, resolviendo con ello la *«necesidad de aprobar una normativa general, en la que, tras escuchar a todos los sectores afectados, defina cuál debe ser el contenido y alcance de la intervención pública en esta actividad económica, y se fijen unas pautas o criterios mínimos de intervención y de intensidad en su aplicación»*³⁰⁷, ofreciéndose con ello una solución consensuada al conflicto que mantiene enfrentados a los lobbies hoteleros y las asociaciones de particulares³⁰⁸, un proceso que, por otro lado, entendemos que debiera implantarse igualmente a nivel europeo a través de un mismo requisito de habitualidad. En este sentido, al igual que se habla de *consumidores europeos*³⁰⁹, creemos

³⁰⁴ En esta línea, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 162, expone que *«así como es cierto que en algunos casos el destino turístico puede verse perjudicado por la masificación y el crecimiento de una demanda que no pueda absorber en condiciones óptimas, el turista que opta por este tipo de alojamientos privados tiene información previa sobre lo que puede encontrar en su destino. (...) En definitiva, el usuario sabe a lo que viene por lo que, si está dispuesto a adquirir el servicio, no tiene por qué afirmarse a priori detrimento alguno de sus derechos. Cuestión distinta es que deba asegurarse el correcto funcionamiento de esos mecanismos de valoración»*.

³⁰⁵ A este respecto, recomienda DESDENTADO DAROCA, 2018b, p. 37, que *«conviene, por otra parte, huir de paternalismos regulatorios, especialmente porque se trata de un nuevo tipo de alojamiento que los usuarios valoran muy positivamente, sin que existan razones por las que las Administraciones públicas deban proceder a proteger al particular de sí mismo en la realización de elecciones. Los sistemas de autorregulación y autoevaluación que ofrecen los marketplaces eliminan hoy de forma suficientemente eficiente las asimetrías de información, sin que se advierta que la regulación administrativa realmente ofrezca un valor adicional de interés. En ocasiones, las regulaciones de servicios o requisitos mínimos resultan controvertidas, incluso pintorescas, y son perfectamente prescindibles a la luz de la información de la que pueden disponer los particulares a través de las webs p2p»*.

³⁰⁶ Comparten la idea de un criterio homogeneizado MARTÍNEZ-NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, pp. 2 y 3, quienes comentan que *«esta dispersión normativa resulta desaconsejable y criticable dada el desarrollo transfronterizo de esta actividad económica, que supera no solo los límites autonómicos sino también los estatales, siendo una actividad en la que está presente con frecuencia un elemento de internacionalidad»*. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.180, comenta que *la falta de un criterio uniforme en la normativa turística autonómica de VFT (...) supone un obstáculo más para lograr una regulación homogénea y global sobre la materia, lo que a nuestro juicio resulta del todo criticable»*.

³⁰⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.182.

³⁰⁸ En estos términos, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2019, p. 56, concluye que *«existen intereses encontrados, sobre todo económicos, entre el sector hotelero, partidario de regular exhaustivamente este tipo de actividad, a los efectos de evitar la competencia, frente a los de los particulares, que defienden sobre la base de la libertad de mercado la no regulación o el control mínimo»*.

³⁰⁹ DÍAZ ALABART, 2017, p. 138.

que, en base al efectivo funcionamiento del mercado interior europeo, habría que hacerlo también de empresarios o profesionales europeos, mediante la fijación de un criterio de habitualidad igualmente europeo.

4. CONCLUSIONES

Con la finalidad de proponer al legislador estatal las consideraciones que, en nuestra opinión, han de tenerse en cuenta para poder solucionar la problemática jurídica que se deriva de la introducción del apartado e) en el artículo 5 LAU, como es la identificación del momento exacto en el que se entiende que se produce la exclusión expresa, del ámbito de aplicación de la LAU *ex* artículo 5 e), de una *cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística*, tradicionalmente calificada como un *arrendamiento vacacional*, y, a partir de dicha exclusión, se entiende que tiene lugar la nueva figura del *alquiler turístico*, ofrecemos las siguientes conclusiones:

I. La figura *del alquiler turístico* es el resultado de la exclusión expresa de *los arrendamientos vacacionales* de la LAU *ex* artículo 5 e), y representa una figura jurídica que se configura en los diferentes Decretos autonómicos específicos sobre viviendas de uso turístico.

II. Las principales diferencias entre *los alquileres turísticos* y *los arrendamientos vacacionales* se observan teniendo en cuenta el estatuto jurídico híbrido del contrato. De este modo, en primer lugar, desde el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, la diferencia que encontramos entre ambas figuras es que, mientras *el arrendamiento vacacional* queda sometido al ámbito de aplicación de la LAU, *el alquiler turístico* ha sido expresamente excluido [*ex* artículo 5 e) LAU] de la LAU, con los importantes efectos jurídicos que ello implica para el contrato (fijación de la fianza, el subarrendamiento o la adquisición preferente). Y, en segundo lugar, desde el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, se observan las que son, en nuestra opinión, las principales diferencias entre *el arrendamiento vacacional* y *el alquiler turístico*: 1) la condición jurídica de las partes que intervienen en el contrato,

puesto que, mientras en *los arrendamientos vacacionales* son particulares-no profesionales, en *el alquiler turístico* adquieren la condición de profesionales/empresarios y consumidores y usuarios; y, en base a esta circunstancia, tiene lugar 2) la obligatoriedad de ofrecer una serie de *requisitos turísticos o accesorios* al alojamiento, dos características cuya aplicabilidad queda subordinada a una tercera, la esencial, como es la 3) habitualidad en el ejercicio de la actividad de alojamiento, razón por la cual se entiende una actividad turística y, consecuentemente, el *originario arrendamiento vacacional se modifica en alquiler turístico*.

III. En el caso del contrato de hospedaje, las principales diferencias con respecto *al alquiler turístico*, al contrario de lo que sucedía con respecto *a los arrendamientos vacacionales*, se observan en el plano jurídico-privado o civil del contrato. En este sentido, pese a que ambas figuras presentan en común diversos elementos propios de la esfera jurídico-pública o administrativa del contrato, y que son, concretamente, los mismos que delimitan la figura *del alquiler turístico con respecto al arrendamiento vacacional* (como son la condición jurídica de empresarios o profesionales de los cedentes de la vivienda, y de consumidores y usuarios de los huéspedes, debido a la habitualidad con la que se realiza la actividad de alojamiento, y los eventuales *servicios turísticos o accesorios* al alojamiento impuestos por las CC.AA. derivados de lo anterior), sin embargo, ambas figuras presentan una importante diferencia en el plano jurídico-privado o civil que, en nuestra opinión, hacen que no sean equiparables: la presencia de *servicios complementarios o añadidos* al alojamiento en el hospedaje, y no en *el alquiler turístico*. En nuestra opinión, la figura *del alquiler turístico*, al proceder de la exclusión *de un arrendamiento vacacional* de la LAU, en origen, carece de los servicios adicionales al alojamiento que caracterizan la esencia de los arrendamientos complejos (como el contrato de hospedaje), es decir, de *servicios complementarios o añadidos* al alojamiento, de carácter privado o civil, los cuales, por otro lado, al tratarse de una competencia exclusiva del *Estado* ex artículo 149.1.8 CE, tampoco pueden ser equiparados a los servicios *puramente turísticos o accesorios* al alojamiento impuestos por las CC.AA. a través de los Decretos autonómicos sobre viviendas de uso *turístico* ex artículo 148.1.18 y 51 CE. Por todo ello, pensamos que son dos figuras jurídicas diferenciadas, precisamente, por los *servicios complementarios o añadidos* al alojamiento que caracterizan los hospedajes y que no se encuentran en los *alquileres turísticos*.

IV. En base a lo anterior, la configuración jurídica del *alquiler turístico* la situamos entre un *arrendamiento vacacional* –un arrendamiento urbano simple–, en lo concerniente al ámbito jurídico-privado o civil del contrato, y un contrato de hospedaje –un arrendamiento urbano complejo–, en lo relativo, en este caso, al ámbito jurídico-público o administrativo del contrato. En este sentido, mientras que, por un lado, en el ámbito jurídico-privado o civil del contrato, el *arrendamiento vacacional* y el *alquiler turístico* se asemejan en el hecho de que, en ambas figuras, no se ofrecen servicios *complementarios o añadidos* al alojamiento (el elemento esencial que configura el contrato de hospedaje), siendo esta, precisamente, la principal razón por la que, a su vez, diferenciamos ambas figuras del contrato de hospedaje, por otro lado, sin embargo, en el ámbito jurídico-público o administrativo del contrato, la diferencia se observará, en este caso, entre el *arrendamiento vacacional*, por un lado, y el *alquiler turístico* y el contrato de hospedaje, por el otro. Así, la diferencia entre estas figuras se concreta en la condición jurídica del prestador del servicio, ya que, mientras en el *arrendamiento vacacional* el arrendador es un particular-no profesional, en el *alquiler turístico* y en el contrato de hospedaje el cedente de la vivienda es un profesional o empresario, una condición jurídica, esta, que justificará, posteriormente, el segundo elemento que diferencia los *arrendamientos vacacionales* de los *alquileres turísticos*, la imposición de los distintos servicios de carácter *turístico o accesorio* al alojamiento, orientados a garantizar el confort y la calidad mínima del servicio de alojamiento, dos características esenciales del *alquiler turístico* que, como ya hemos expuesto, entendemos que se originan a partir del criterio de habitualidad.

V. El criterio de habitualidad, delimitado en los diferentes Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es el instrumento jurídico que responde a la problemática planteada en este artículo, extraída a partir del apartado e), del artículo 5 LAU, que establece el límite jurídico entre las figuras del *arrendamiento vacacional* y del *alquiler turístico*. Efectivamente, mediante el criterio de habitualidad, fijado por las CC.AA. en base a un número concreto de veces que se produce el servicio de alojamiento, además de producirse la exclusión expresa de la LAU del *arrendamiento vacacional* y el consiguiente inicio del *alquiler turístico*, el legislador autonómico delimita la frecuencia a partir de la cual debe considerarse que una determinada actividad económica (un arrendamiento de vivienda), deja de considerarse realizada de forma ocasional o esporádica (como un contrato de arrendamiento vacacional realizado por particulares-no profesionales), y pasa a

ostentar la condición de actividad turística, realizada de forma habitual o profesional y, por ende, desarrollada por profesionales o empresarios turísticos y de consumidores y usuarios (como un contrato de *alquiler turístico*), configurando con ello la condición jurídica de las partes del contrato. Así, mediante este criterio, creemos que el legislador autonómico determina el momento exacto en el que se produce la efectiva exclusión del *arrendamiento vacacional* de la LAU y se origina un *alquiler turístico*, y determina la configuración jurídica de las partes que los desarrollan (profesionales o empresarios turísticos, y turistas/consumidores y usuarios).

VI. El criterio de habitualidad establecido en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico *ex* artículos 148.1.18 y 51 CE, considerado como el instrumento jurídico que delimita la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, se caracteriza por ser 1) heterogéneo, 2) restrictivo y 3) contrario al orden competencial.

1) La heterogeneidad del criterio de habitualidad se lo otorga el hecho de que no existe un único criterio de habitualidad, a nivel nacional, que delimite la figura del *alquiler turístico*, ya que cada CC.AA. lo ha delimitado conforme a sus propios criterios, ofreciendo un panorama jurídico caótico.

2) El carácter restrictivo del criterio de habitualidad se debe a que el legislador autonómico considera que existe habitualidad, en general, a partir de la primera o segunda ocasión en que se lleve a cabo la cesión del uso de la vivienda, lo que va en detrimento de los arrendadores particulares-no profesionales que deseen celebrar, ocasionalmente, *arrendamientos vacacionales*, y no como un profesional turístico.

3) Al delimitarse, a partir del criterio de habitualidad, la condición jurídica de las partes del contrato (como profesionales o empresarios y consumidores y usuarios), entendemos que el legislador autonómico excede sus competencias *ex* artículo 149.1.6 y 13 CE. Por esta razón, pensamos que la solución a la problemática planteada sobre los *alquileres turísticos* debe comenzar por la reconfiguración actual del criterio de habitualidad establecido por las CC.AA.

VII. Partiendo de la premisa de que el criterio de habitualidad, delimitado en los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, es el instrumento jurídico que determina la figura del *alquiler turístico* con respecto a los *arrendamientos vacacionales*, proponemos al legislador que, ante el panorama de incertidumbre jurídica que ha generado el apartado e) del artículo 5

de la LAU, se lleve a cabo una reconfiguración del criterio de habitualidad que tienda a su homogeneización, a partir de su concreción por parte del legislador estatal, y por su carácter flexible.

1) *Homogéneo*: El hecho de que cada CC.AA. establezca su propio criterio de habitualidad es un inconveniente para que los actores económicos, ya que deben tener en cuenta diecisiete escenarios jurídicos diferentes. En efecto, somos partidarios de que, en lugar de que cada legislador autonómico establezca su propio criterio de habitualidad, éste debe ser homogéneo a nivel nacional³¹⁰, siendo delimitado por el legislador estatal, fijándose las bases mínimas comunes –susceptibles de una eventual ampliación a nivel autonómico–. Un primer paso en esta línea podría ser la inclusión de una referencia directa en el apartado e) del artículo 5 a un nuevo criterio de habitualidad estatal homogéneo, previamente determinado por legislador estatal, mediante el cual se fije el momento exacto en el que se entiende que, a nivel estatal, el arrendamiento vacacional queda excluido de la normativa autonómica y tiene lugar el alquiler turístico, así como, indirectamente, el instante en el que un particular se transforma en profesional o empresario y en un consumidor y usuario debido a la frecuencia del servicio de alojamiento.

2) *Delimitado por el legislador estatal*: En total sintonía con el punto anterior, además del carácter heterogéneo del criterio de habitualidad, entendemos que la fijación del criterio de habitualidad por parte de los legisladores *autonómicos contraviene la distribución de competencias establecida por la CE*. Por un lado, porque dicha atribución de competencias del Estado a las CC.AA. no se ha producido mediante una Ley Orgánica en el caso de los alquileres turísticos, y, por el otro, porque, mediante la regulación actual del criterio de habitualidad, el legislador autonómico, en base a una competencia atribuida en el artículo 148.1.18 CE sobre turismo, está regulando la condición jurídica de las partes del contrato, una materia exclusivamente reservada al Estado *ex* artículo 149.1.6 CE. Por ello, proponemos que la reconfiguración del criterio de habitualidad se realice por el legislador Estatal, aplicable en todas las CC.AA.

3) *Flexible*. Finalmente, el carácter injustificadamente restrictivo de este criterio imposibilita que, en la práctica, se puedan *rea-*

³¹⁰ Comparten la idea de un criterio homogeneizado MARTÍNEZ–NADAL y ROSSELLÓ RUBERT, 2017, pp. 2 y 3, quienes comentan que «*esta dispersión normativa resulta desaconsejable y criticable dada el desarrollo transfronterizo de esta actividad económica, que supera no solo los límites autonómicos sino también los estatales, siendo una actividad en la que está presente con frecuencia un elemento de internacionalidad*». En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, 2019, p.180, comenta que «*la falta de un criterio uniforme en la normativa turística autonómica de VFT (...) supone un obstáculo más para lograr una regulación homogénea y global sobre la materia, lo que a nuestro juicio resulta del todo criticable*».

lizar *arrendamientos vacacionales* protagonizados por particulares-no profesionales, permitiéndose *únicamente alquileres turísticos* entre profesionales o empresarios y consumidores y usuarios. En este sentido, algunas CC.AA. fijan el criterio de habitualidad desde la primera vez que se cede una vivienda. Desde nuestro punto de vista, somos partidarios de que, mediante una delimitación más amplia y flexible del criterio de habitualidad por parte del legislador estatal, se garantice un espacio mínimo de actuación para que las partes puedan elegir entre llevar a *cabo arrendamientos vacacionales* (entre particulares-no profesionales), o *alquileres turísticos* (entre profesionales o empresarios turísticos y turistas/consumidores y usuarios), con las diferentes ventajas y desventajas a nivel jurídico que ello conlleva, especialmente en relación con la protección del consumidor.

4) *En sintonía con lo propuesto por la UE*. Para ello, además de que el criterio de habitualidad debe ser dictado por el legislador estatal, entendemos que su reconfiguración debe llevarse a cabo en base a los parámetros propuestos por la UE, en concreto a tres factores relacionados e interconectados, aplicados de forma conjunta:

a) el ánimo de lucro, precisándose si se hace referencia exclusivamente a obligaciones de carácter pecuniario o si admite también el trueque y la permuta (como el intercambio de viviendas);

b) la frecuencia de los servicios de alojamiento, que, a título de ejemplo, se podría fijar en un mínimo de sesenta noches durante un año natural; y

c) el volumen de negocios, marcándose un límite máximo, que, a título de ejemplo, se podría fijar en la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural.

5) *Creación de Registros específicos para alquileres turísticos*. Todo lo anterior, entendemos que debería realizarse de forma controlada y supervisada por Registros específicos de alquileres turísticos que garanticen lo expuesto anteriormente, especialmente en lo relativo a las distintas obligaciones fiscales que de estas actividades se derivasen.

Con un criterio de habitualidad flexible y homogéneo en todo el territorio nacional, pensamos que se posibilitaría la coexistencia pacífica de los *arrendamientos vacacionales* y los *alquileres turísticos*, así como, directamente, de los intereses directos enfrentados de las partes implicadas. Con esta medida se garantizaría, protegería e, incluso se incentivaría un ámbito de actuación en el que los particulares podrían llevar a cabo esta actividad económica como no profesionales, sin tener que, por ello, hacer frente a las distintas trabas

administrativas y barreras económicas propias de los profesionales y empresarios, como son los distintos requisitos turísticos exigidos en los Decretos autonómicos sobre alquileres turísticos, además de verse sometidos al ámbito de aplicación del Derecho de consumo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel: «Derecho civil autonómico versus Derecho civil estatal: estado de la cuestión tras la sentencia del tribunal constitucional 31/2010, de 28 de junio», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXVIII, 2010, pp. 245-259.
- ALCOVER POVO, Miguel: «Aspectos contencioso-administrativos», en *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*. Fuentes-Lojo Rius, A. y Fuentes-Lojo Lastres, A. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, Capítulo II, pp. 95-124.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Régimen jurídico-civil de las viviendas de uso turístico», en *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Carril Vázquez, X. M., García Pérez, R. y López Suárez, M. A. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2019, pp. 23-59.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 28, Fasc/Mes 3, 1975, pp. 355-378.
- BOTELLO HERMOSA, José María: «La economía colaborativa. ¿El término adecuado?», en *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas generales y sectoriales*. Ortí Vallejo y Rubio Gimeno (Dir.), Ed. Aranzadi, 2019a, pp. 21-41.
- «Los arrendamientos vacacionales en la LAU», *Pensar: Revista de Ciencias Jurídicas*. Brasil, N.º 2, 2017b, pp. 602-620.
- «El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?», *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, N.º 754, 2016c, pp. 1000-1038.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 749, 2015, pp. 1199-1246.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco: «Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los arrendamientos de viviendas», *CESCO de Derecho de consumo*, N.º 4, 2012, pp. 118-134.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco, y CORDERO LOBATO, Encarna: «Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 5, 1995 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el Comercio Interior), pp. 9-66.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, Julio: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, Tomo I, Parte General, Ed. Reus.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, 2015, Ed. Dykinson.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El arrendamiento vacacional por turno: Una alternativa legal a la multipropiedad», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 56, N.º 2, 2003, pp. 487-597.
- CNMC: (19 de julio de 2018): Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España. E/CNMC/003/18.

- COBOS, Sonia; MALLO, Manuel, y SILVESTRE, Xavier: «Aspectos administrativos de las viviendas de uso turístico. Régimen jurídico, ordenación urbanística y procedimientos de intervención. Referencia a su regulación en las diferentes comunidades autónomas», en *Viviendas de uso turístico y nuevas medidas en materia de alquiler residencial*. Fuentes-Lojo Rius, A., y Fuentes-Lojo Lastres, A. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 14-95.
- COMISIÓN EUROPEA: «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM(2016) 356 final, Bruselas, 2 de junio de 2016a.
- «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, COM (2010) 2020 final, Bruselas, 3 de marzo de 2010b.
- «Contrato de arrendamiento de habitación sin servicios complementarios». Varios juristas responden sin se aplica el Código Civil o la LAU (2004). *Cuaderno de arrendamientos urbanos contrato de arrendamiento de habitaciones con mobiliario*, N.º 253.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán: «Vivienda en Alquiler turístico y Propiedad horizontal. Reformas legislativas recientes y cuestiones pendientes», en *La protección del consumidor en la vivienda colaborativa*. Muñiz Espada, E., Ed. Wolters Kluwer, 2019, pp. 293-332.
- DE DIEGO, Clemente: *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1930.
- DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCEL, Ana María: «El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma (REALA): Nueva Época*, N.º 5, 2016, pp. 30-55.
- DE LEÓN ARCE, Alicia: «El consumo como realidad social, económica y jurídica», en *Derecho de los Consumidores y usuarios*. De León Arce, A. y García García, L. (Dir.) 2nd ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 41-102.
- DELGADO TRUYOLS, Álvaro: «El alquiler vacacional (y II): soluciones legislativas», *El Notario del S. XXI*. N.º 74, 2017, pp. 32-55.
- DESDENTADO DAROCA, Eva: «Aspectos jurídico-administrativos de las viviendas de uso turístico», en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*. Lucas Durán, M. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2019a, pp. 41-93.
- «Viviendas de uso turístico y Derecho administrativo», en *Los problemas jurídicos del «Alojamiento colaborativo»: un estudio interdisciplinar*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 198/2018, 2018b, pp. 12-40.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Concepto y protección del consumidor», en *Manual de Derecho Privado del Turismo*. Díaz Alabart, S. (Dir.), Ed. Reus, 2017, pp. 135-148.
- DÍAZ VALES, Fernando: «Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico», en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*. Lucas Durán, M. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2019a, pp. 95-148.
- «Viviendas de uso turístico y Derecho civil», en *Los problemas jurídicos del «Alojamiento colaborativo»: un estudio interdisciplinar*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 198/2018, 2018b, pp. 40-67.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (21 y 22 de enero de 2014), sobre Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 177/01).
- DURBÁN MARTÍ, Ignacio: «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 30, 2016, pp. 257-288.

- ESCRIBANO COLLADO, Pedro: «La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de los consumidores y usuarios», *Actualidad y perspectivas del derecho público a finales del siglo XX: Homenaje al profesor Garrido Falla*, Vol. 1, 1992, pp. 535-548.
- FELUI AMENGUAL, Bernardo: «VII.2-Arrendamientos urbanos: de la ley estatal 4/2013 a la ley general turística», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*. Tomo XV, 2014, pp. 177-188.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo Ignacio, y TORRES PÉREZ, Francisco José: «Ámbito de aplicación», en *La defensa de los consumidores y usuarios*. Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M.^a (Dirs.), 1.º Ed. Iustel, 2011, pp. 57-115.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: *El alojamiento colaborativo*, Tirant lo Blanch, 2018a.
- «Turismo p2p o colaborativo: un reto para el Ordenamiento jurídico», *International Journal of Scientific Management Tourism*, Vol. 2, N.º 2, 2016b, pp. 111-127.
- «Problemática jurídica derivada de la economía compartida», *Economía industrial*, N.º 402, 2016c, pp. 37-46.
- FIDALGO LÓPEZ, Ana: «La distribución de competencias en la contratación de los servicios de comunicaciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2015, pp. 23-51.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Normativa aplicable al contrato de arrendamiento de habitaciones», en *Elderecho.com*, Ed. Lefevre, 2018. Accesible desde <https://elderecho.com/normativa-aplicable-al-contrato-de-arrendamiento-de-habitaciones>.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Algunas consideraciones sobre el –Derecho civil autonómico no foral–», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, N.º 22, 2005, pp. 142-175.
- GARCÍA LUENGO, Ramón Bernabé: «El contrato de hospedaje: especial referencia al alojamiento turístico hotelero», *Anales de la Facultad de Derecho*, N.º 18, 2001, pp. 59-81.
- GARCÍA SAURA, Pilar Juana. *Viviendas de uso turístico y plataformas colaborativas en España. Aproximación al régimen jurídico*, Ed. Dykinson, 2019.
- GIL, Javier: «¿Cómo regular el hospedaje entre particulares? Criterios de regulación utilizando el caso de AirBnB», en *La regulación del alojamiento colaborativo*. De La Encarnación, A. M.^a (Dir.), y Boix Palop, A. (Coord.), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 121-148.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro: *Diccionario jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019a, pp. 23-66.
- «La prohibición de alquilar viviendas vacacionales en municipios turísticos. Otra oportunidad perdida para resolver algunos conflictos Alquiler vacacional en Canarias». *Actas del Congreso Internacional de tendencias en destinos turísticos*, 2015b, pp. 23-54.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen: «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 6, 2013, pp. 170-190.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «Alojamiento y Viviendas de uso turístico», en *Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa*. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (Dirs.), Ed. Wolters Kluwer, 2018, pp. 151-168.
- GÓMEZ PERALS, Miguel, y ÁLVARES MOLEIRO, Janet: «Alquiler vacacional en Canarias. Una perspectiva jurídica», *Documento de trabajo 1/2016*, 2016. Documento accesible en: <http://www.datosdelanzarote.com/Uploads/doc/Alqui>

- ler-vacacional-en-Canarias.-Una-perspectiva-tur% C3% ADstica-20170210124527868Alquiler-vacacional-en-Canarias.-Una-perspectiva-jur% C3% ADdica.pdf.
- GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro: «La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 45-46, 2015, pp. 101-144.
- «La vivienda con un uso turístico: entre el turismo “colaborativo” y la competencia desleal», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018b, pp. 19-54
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «El Empresario Mercantil Individual. Reglas Generales». En Guillermo J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2009, pp. 99-114.
- Informe del Grupo de trabajo de alojamientos turísticos y vivienda, de la Comisión Interdepartamental de la Economía colaborativa (Cataluña), de 17 de marzo de 2017.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Manual sobre protección de Consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, 2015.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «Contenido del contrato de alojamiento turístico», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 269-298.
- MADRID PARRA, Agustín: «Contratos electrónicos y contratos informáticos», *Revista de Contratación Electrónica*, N.º 111, 2011, pp. 5-35.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Sobre la necesaria unificación legal el alquiler vacacional y normativa autonómica», *Revista de Jurisprudencia*, 2017a.
- «Interpretación del alcance de la exclusión de los arrendamientos de aprovechamiento turístico de la LAU en la Ley 4/2013, de 4 de junio», *Revista de Derecho Inmobiliario*, 2013b.
- MARTÍN MORAL, María Flora: «Economía colaborativa y protección del consumidor», *Revista de Estudios Europeos*, N.º 70, 2017, pp. 179-196.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «VII.1-La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la ley del turismo de las islas baleares tras la reforma de la ley de arrendamientos urbanos», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, Tomo XV, 2014, pp. 151-176.
- MARTÍNEZ-NADAL, Apollonia, y ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María: «Auge del Alquiler turístico vacacional y restricciones legales en España: un análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia», *X Jornadas de Investigación en Turismo, Facultad de Turismo*, Universidad de Sevilla, 2017.
- MARTOS CALABRÚS, María Angustias: El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo por la Ley 4/2013», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, N.º 1, 2014, pp. 91-102.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo: «El transporte turístico colaborativo», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 267-304.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «Economía colaborativa y competencia desleal ¿deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?», *Revista de Estudios Europeos*, N.º 70, julio-diciembre, 2017, pp. 197-249.
- MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar: «Arrendamiento turístico en la Comunidad Valenciana», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 4, 2016, pp. 198-225.

- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 191-228.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «El objeto: las prestaciones vinculadas al alojamiento colaborativo», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.). Ed. Bosch, 2019, pp. 137-166.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «Economía colaborativa y consumidores», en *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*. Montero Pascual, J. J. (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 195-223.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo, y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles: «La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 55-95.
- ORDÁS ALONSO, Marta, y VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Art. 2.1. Arrendamiento de vivienda», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Ed. Aranzadi, 2014, pp. 63-92.
- OTERO COBOS, María Teresa: «El alojamiento turístico colaborativo: Régimen iusprivatista», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 337-364.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel, y MIRANDA SERRANO, Luis María: «La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores», en *Derecho (privado) de los consumidores*. Miranda Serrano, L. M. y Pagador López, J. (Coord.), Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 19-62.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Algunos aspectos de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la Legislación civil para la protección del consumidor», en *Revista Jurídica de Navarra*, N.º 4, 1987, pp. 149-165.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Imprenta del asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1930.
- PONCE SOLÉ, Juli: Economía colaborativa, viviendas de uso turístico e impactos en el marco del desarrollo urbano sostenible, ¿hacia una futura regulación más innovadora y flexible?», en *La regulación del alojamiento colaborativo*. De la Encarnación, A. M.^a (Dir.), y Boix Palop, A. (Coord.), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 39-70.
- PORTO CORTÉS, Alejandra: «Derechos y garantías del consumidor al adquirir un bien de consumo», en *Manual de derecho de consumo*. Porto Cortés, A., Pablo, F. y Molina Ávila, M. (Coords), 1.º Ed. Thomsom Reuters, 2013.
- PUENTE ORENCH, José: «Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 299-327.
- PUENTE ORENCH, José, y VALDENEBRO MONZÓN, Íñigo: «Cuestiones generales», en *Alquiler turístico: Soluciones jurídicas*. Puente Orench, José (Dir.), Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Significado del contrato en las distintas ramas del ordenamiento. La legislación [civil y mercantil] sobre contratos desde el punto de vista del Derecho constitucional», en *Tratado de contratos, Tomo I*. Bércovitz, R. (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- REPRESA POLO, María Patricia: *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Ed. Edersa, Madrid, 2005.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, María Luisa: «¿Matando a la gallina de los huevos de oro?: algunos apuntes sobre la nueva regulación de las viviendas de uso

- turístico (especial referencia al caso andaluz)», *Revista internacional de derecho del turismo (Ridetur)*, N.º 2, 2017, pp. 1-23.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola: «Avances en el proceso de regulación normativa del alojamiento “colaborativo” en Cataluña», en *La regulación del alojamiento colaborativo*. De La Encarnación, A. M.^a (Dir.), y Boix Palop, A. (Coord.), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 295-324.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, María del Pino: «La intervención administrativa en el turismo colaborativo», en *El régimen jurídico del turismo colaborativo*. Gosálbez Pequeño, H. (Dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 167-200, pp. 41-76.
- ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Ángel José: «El empresario», en *Lecciones de Derecho Mercantil*. Menéndez Menéndez, A. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2009, pp. 41-76.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro: «El nuevo decreto andaluz sobre viviendas particulares de uso turístico. Análisis a la luz de la agenda europea para la economía colaborativa». *Cuadernos de Turismo*. N.º 41, 2018, pp. 591-613.
- RUIZ DE VELASCO, Adolfo. *Manual de Derecho mercantil*, Ed. UPCO Servicio de publicaciones, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Arrendamiento de temporada vacacional y alojamiento turístico extrahotelero: una tenue y trascendental línea divisoria», *Revista de Derecho Privado*, 2009, pp. 33-66.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «La visión del propietario y del arrendatario de viviendas vacacionales: algunas reflexiones sobre la normativa aplicable», en *La residencialización de las áreas turísticas de Canarias*. Simancas Cruz, M. y Mañoso Valderrama, J. (coords), Ed. Promotur Turismo Canarias, 2016, pp. 139-162.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, y GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines», en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), ed. Reus, 2018, pp. 147-190
- SERRANO CAÑAS, José Manuel. «Tutela de consumidores y economía colaborativa: ¿hacia la desarticulación del Derecho del consumidor?», en *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Carril Vázquez, X. M., García Pérez, R. y López Suárez, M. A. (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2019, pp. 241-285.
- SIMANCAS CRUZ, Moisés; TERMES CORDOVEZ, Rafael; PEÑARRUBIA ZARAGOZA, María Pilar: «El alquiler vacacional en las áreas turísticas de litoral de Canarias», *Papers de Turisme*, N.º 60, 2017, pp. 1-24.
- URÍA, Rodrigo, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: «Concepto, evolución histórica y fuentes del derecho mercantil», en *Lecciones de Derecho Mercantil*. Menéndez Menéndez, A. (Dir.), Ed. Aranzadi, 2009, pp. 27-38.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario: «Arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *Comentarios a La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valpuesta Fernández, M.º R. (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, 1994, pp. 52-59.
- VATIER FUENZALIDA, Carlos: «Art. 3: Arrendamientos para usos distintos del de vivienda», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Lasarte Álvarez, C. (Coord.), Ed. Tecnos, 1996, pp. 71-77.
- VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Breves notas del contrato de hospedaje. Comparación entre la regulación española e italiana», *Nuevas perspectivas del turismo para la próxima década*, en III Jornadas de Investigación en Turismo. Jiménez-Caballero, J. L. y Fuentes Ruiz, P. (Coords), 2010, pp. 499-514.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *El contrato de comodato*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- YUFERA SALES, Pedro Luis: *Arrendamientos Urbanos. Análisis practico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, Ed. Bosch, 2000.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

JULIA AMMERMAN YEBRA

Investigadora Posdoctoral de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación*. A) Normativa Vigente.–Derecho de Contratos. Protección de Datos Personales. Propiedad Intelectual. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*.–Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Derecho de Sociedades. Marcas, Dibujos y Modelos.– Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

DERECHO DE CONTRATOS

- 1. Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión de 13 de mayo de 2020 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19, DOUE, L, núm. 151, de 14 de mayo de 2020.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

- 2. Decisión del Consejo de Administración de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea de 26 de marzo de 2020 relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos**

- de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, L, núm. 94, de 27 de marzo de 2020.
3. Decisión del Consejo de Administración del Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades de 9 de septiembre de 2019 relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento del Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, DOUE, L, núm. 98, de 31 de marzo de 2020.
 4. Decisión de la Junta Directiva de la Agencia Europea de Defensa de 24 de febrero de 2020 sobre la adopción de las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la AED, DOUE, L, núm. 109, de 7 de abril de 2020.
 5. Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión de 8 de abril de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados, DOUE, L, núm. 114, de 14 de abril de 2020.
 6. Decisión del Consejo de Administración de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía de 12 de diciembre de 2019 sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Agencia, DOUE, L, núm. 128, de 23 de abril de 2020.
 7. Decisión del Consejo de Administración de la Agencia de Apoyo al ORECE (Oficina del ORECE) de 10 de septiembre de 2019 por la que se establecen normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades realizadas por la Oficina del ORECE, DOUE, L, núm. 130, de 24 de abril de 2020.
 8. Decisión del Consejo de Administración de la Agencia Europea de Seguridad Marítima de 6 de abril de 2020 relativa las normas internas sobre limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la AESM, DOUE, L, núm. 214, de 6 de julio de 2020.
 9. Decisión de Ejecución (UE) 2020/1023 de la Comisión de 15 de julio de 2020 que modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1765 en lo concerniente al intercambio transfronterizo de datos entre las aplicaciones móviles nacionales de rastreo de contactos y advertencia para combatir la pandemia de COVID-19, DOUE, L, núm. 2271, de 16 de julio de 2020.

10. **Decisión del Consejo de Administración de la Empresa Común Pilas de Combustible e Hidrógeno 2 de 26 de mayo de 2020 por la que se establecen las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Empresa Común FCH 2, DOUE, L, núm. 230, de 17 de julio de 2020.**
11. **Decisión del Fondo Europeo de Inversiones de 4 de junio de 2020 relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de actividades realizadas por el Fondo Europeo de Inversiones, DOUE, L, núm. 236, de 22 de julio de 2020.**
12. **Decisión núm. 1/2020 del Consejo de Administración de la Empresa Común Shift2Rail de 26 de marzo de 2020 relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Empresa Común S2R, DOUE, L, núm. 236, de 22 de julio de 2020.**
13. **Decisión núm. 20-w-3 del Consejo de Administración de la Agencia Europea de Control de la Pesca de 22 de abril de 2020 por la que se establecen normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia Europea de Control de la Pesca, DOUE, L, núm. 251, de 3 de agosto de 2020.**
14. **Decisión del Consejo de Administración de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales de 1 de abril de 2020 relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales, DOUE, L, núm. 259, de 10 de agosto de 2020.**
15. **Decisión del Consejo de Administración de Europol de 9 de junio de 2020 sobre normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales administrativos por Europol, DOUE, L, núm. 260, de 10 de agosto de 2020.**
16. **Decisión núm. 64 del Consejo de administración de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo de 6 de julio de 2020 por la que se adopta el reglamento interno relativo a las limitaciones de ciertos derechos de interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de EASO, DOUE, L, núm. 279, de 27 de agosto de 2020.**
17. **Decisión 2020-04 del Colegio de Comisarios de 15 de julio de 2020 relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los titulares de datos en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por Eurojust, DOUE, L, núm. 287, de 2 de septiembre de 2020.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

18. **Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1209 de la Comisión de 13 de agosto de 2020 que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1352/2013, por el que se establecen los formularios previstos en el Reglamento (UE) núm. 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual, DOUE, L, núm. 274, de 21 de agosto de 2020.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

19. **Reglamento Delegado (UE) 2020/442 de la Comisión de 17 de diciembre de 2019 por el que se corrige el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), DOUE, L, núm. 92, de 26 de marzo de 2020.**
20. **Reglamento Delegado (UE) 2020/988 de la Comisión de 12 de marzo de 2020 que corrige determinadas versiones lingüísticas del Reglamento Delegado (UE) 2015/35 por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), DOUE, L, núm. 221, de 10 de julio de 2020.**
21. **Reglamento Delegado (UE) 2020/1118 de la Comisión de 27 de abril de 2020 por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos, DOUE, L, núm. 243, de 29 de julio de 2020.**
22. **Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1145 de la Comisión de 31 de julio de 2020 por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de junio de 2020 y el 29 de septiembre de 2020 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE, L, núm. 250, de 3 de agosto de 2020.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

23. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Configuración de la agenda de la UE sobre los derechos de las personas con discapacidad para el periodo 2020-2030: contribución del Comité Económico y Social Europeo» (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 97, de 24 de marzo de 2020.**

DERECHO DE CONSUMO

24. **Comunicación de la Comisión Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19, DOUE, C, núm. 89I, de 18 de marzo de 2020.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

25. **Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2018, sobre impresión tridimensional, un reto en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual y de la responsabilidad civil (2017/2007(INI)), DOUE, C, núm. 118, de 8 de abril de 2020.**

PROTECCIÓN DE DATOS

26. **Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE.UU. (2018/2645(RSP)), DOUE, C, núm. 118, de 8 de abril de 2020.**
27. **Resumen del dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la apertura de negociaciones para una nueva asociación con el Reino Unido [El texto completo del presente dictamen está disponible en inglés, francés y alemán en el sitio web del SEPD: www.edps.europa.eu], DOUE, C, núm. 217, de 1 de julio de 2020.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

28. **Asunto C-606/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 12 de agosto de 2019 – Flightright GmbH / Iberia L. A. E., S. A. Operadora Unipersonal, DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.**
29. **Asunto C-98/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Obvodní soud pro Prahu 8 (República Checa) el 26 de febrero de 2020 – mBank S. A. / PA, DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**
30. **Asunto C-30/20: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 2 de Madrid (España) el 22 de enero de 2020 – RH / AB Volvo y otros, DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.**

31. **Asunto C-41/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de junio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Köln – Alemania) – FX / GZ, representada legalmente por su madre [Procedimiento prejudicial – Competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos – Reglamento (CE) núm. 4/2009 – Artículo 41, apartado 1 – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 24, apartado 5 – Título, declarado ejecutivo, por el que se reconoce la existencia de un crédito de alimentos – Demanda de oposición a la ejecución – Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución], DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.**
32. **Asunto C-242/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (Croacia) el 8 de junio de 2020 – HRVATSKE Šume d.o.o., [con sede en] Zagreb, como sucesor legal de HRVATSKE ŠUME javno poduzeće za gospodarenje šumama i šumskim zemljištima u Republici Hrvatskoj, p.o. [con sede en] Zagreb / BP EUROPA SE, como sucesor legal de DEUTSCHE BP AG, como sucesor legal de THE BURMAH OIL (Deutschland), GmbH, DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.**
33. **Asunto C-256/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 10 de junio de 2020 – «Toplofikatsia Sofia» EAD, DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
34. **Asunto C-251/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 10 de junio de 2020 – Gtflix Tv / DR, DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.**
35. **Asunto C-289/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la cour d'appel de Paris (Francia) el 30 de junio de 2020 – IB / FA, DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.**

COOPERACIÓN JUDICIAL

36. **Asunto C-641/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de mayo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Genova – Italia) LG y otros / Rina SpA, Ente Registro Italiano Navale [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 1, apartado 1 – Conceptos de «materia civil y mercantil» y de «materia administrativa» – Ámbito de aplicación – Actividades de las sociedades de clasificación y de certificación de buques – Acta iure imperii y acta iure gestionis – Prerrogativas de poder público – Inmunidad de jurisdicción], DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.**

37. **Asuntos acumulados C-267/19 y C-323/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de mayo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Trgovački sud u Zagrebu – Croacia) – PARKING d.o.o. / SAWAL d.o.o. (C-267/19), Interplastics s. r. o. / Letifiko d.o.o. (C-323/19) [Procedimiento prejudicial – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Cooperación judicial en materia civil – Notarios que actúan en el marco de procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un documento auténtico – Procedimiento no contradictorio – Principio de no discriminación – Artículo 18 TFUE – Derecho a un proceso equitativo – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.**
38. **Asunto C-343/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Klagenfurt – Austria) – Verein für Konsumentinformation / Volkswagen AG [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 2 – Competencia judicial en materia delictual o cuasidelictual – Lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso – Lugar de materialización del daño – Manipulación de los datos relativos a las emisiones de los gases de escape de motores producidos por un fabricante de automóviles], DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.**
39. **Asunto C-73/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen – Bélgica) – Belgische Staat, representado por el Minister van Werk, Economie en Consumenten, responsable del Buitenlandse handel, y por el Directeur-Generaal van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de FOD Economie, K. M. O., Middenstand en Energie, actualmente Algemene Directie Economische Inspectie, Directeur-Generaal van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de FOD Economie, K. M. O., Middenstand en Energie, actualmente Algemene Directie Economische Inspectie / Movic BV, Events Belgium BV, Leisure Tickets & Activities International BV [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 1, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Concepto de «materia civil y mercantil» – Acción de cesación de prácticas comerciales desleales ejercitada por una autoridad pública para la protección de los intereses de los consumidores], DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.**
40. **Asunto C-80/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas – Lituania) – procedimiento instado por E. E. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Ámbito de aplicación – Concepto de «sucesión con repercusión transfronteriza» – Concepto de «residencia habitual del causante» – Artículo 3, apartado 2 – Concepto de «tribunal» – Sujeción de los notarios a las normas de competencia jurisdiccional – Artículo 3, apartado 1,**

letras g) e i) – Conceptos de «resolución» y de «documento público» – Artículos 5, 7 y 22 – Acuerdo relativo a la elección del foro y de la ley aplicable a la sucesión – Artículo 83, apartados 2 y 4 – Disposiciones transitorias], DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.

41. Asunto C-249/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București – Rumanía) – JE / KF [Procedimiento prejudicial – Reglamento (UE) núm. 1259/2010 – Cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial – Normas uniformes – Artículo 10 – Aplicación de la ley del foro], DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.
42. Asunto C-253/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 16 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães – Portugal) – MH, NI / OJ, Novo Banco, S. A. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (UE) 2015/848 – Artículo 3 – Competencia internacional – Centro de intereses principales del deudor – Particular que no ejerce una actividad mercantil o profesional independiente – Presunción refutable de que el centro de intereses principales de esa persona es su residencia habitual – Destrucción de la presunción – Situación en la que el único bien inmueble del deudor está situado fuera del Estado miembro en el que reside habitualmente], DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

43. Asunto C-914/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 12 de diciembre de 2019 – Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t. / GN, DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.

DERECHO DE CONSUMO

44. Asunto C-869/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 28 de noviembre de 2019 – L / Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A. U., DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.
45. Asunto C-524/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de enero de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Dr. Willmar Schwabe GmbH & Co. KG / Queisser Pharma GmbH & Co. KG [Procedimiento prejudicial – Salud pública – Información y protección de los consumidores – Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Decisión de Ejecución 2013/63/UE – Declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos – Artículo 10, apartado 3 – Referencia a los beneficios generales y no específicos – Concepto de «acom-

pañamiento» de una declaración de propiedades saludables específica – Obligación de aportar pruebas científicas – Alcance], DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.

46. Asunto C-679/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okresní soud v Ostravě – Republica checa) – OPR-Finance s.r.o. / GK (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Contratos de crédito al consumo – Artículo 8 – Obligación del prestamista de comprobar la solvencia del consumidor – Normativa nacional – Posibilidad de oponer la prescripción a la excepción de nulidad del contrato propuesta por el consumidor – Artículo 23 – Sanciones – Carácter efectivo, proporcionado y disuasorio – Juez nacional – Examen de oficio del cumplimiento de dicha obligación), DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.
47. Asunto C-943/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Senāts) (Letonia) el 27 de diciembre de 2019 – SIA «ONDO» / Patērētāju tiesību aizsardzības centrs, DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.
48. Asunto C-944/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Senāts) (Letonia) el 27 de diciembre de 2019 – AS «4finance» / Patērētāju tiesību aizsardzības centrs, DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.
49. Asunto C-15/20: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Badajoz (España) el 15 de enero de 2020 – Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España (Adicae Consumidores Críticos y Responsables) / Caja Almendralejo Sociedad Cooperativa de Credito, DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.
50. Asunto C-16/20: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Badajoz (España) el 15 de enero de 2020 – Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España (Adicae Consumidores Críticos y Responsables) / Liberbank SA, DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.
51. Asunto C-125/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona) – Marc Gómez del Moral Guasch / Bankia, S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Tipo de interés variable – Índice de referencia de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros – Índice derivado de una disposición reglamentaria o administrativa – Introducción unilateral de una cláusula de este tipo por el profesional – Control de la exigencia de transparencia por el juez nacional – Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula), DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.

52. **Asunto C-75/19:** Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 6 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Mureş – Rumanía) – MF / BNP Paribas Personal Finance SA Paris Sucursala Bucureşti, Secapital Sàrl (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con los consumidores – Crédito al consumo – Procedimiento de ejecución forzosa – Plazo de quince días a partir de la notificación del procedimiento de ejecución forzosa para invocar el carácter abusivo de una cláusula), DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
53. **Asunto C-932/19:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Győri Ítéltábla (Hungria) el 20 de diciembre de 2019 – J. Z. / OTP Jelzálogbank Zrt. y otros, DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
54. **Asunto C-31/20:** Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante (España) el 22 de enero de 2020 – Bankia S. A. / SI, DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
55. **Asunto C-33/20:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 23 de enero de 2020 – UK / Volkswagen Bank GmbH, DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
56. **Asunto C-19/20:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Gdańsku (Polonia) el 16 de enero de 2020 – I. W., R. W. / Bankowi BPH S. A., DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.
57. **Asunto C-143/20:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 24 de marzo de 2020 – A / O, DOUE, C, num. 209, de 22 de junio de 2020.
58. **Asunto C-511/17:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungria) – Györgyné Lintner / Uni-Credit Bank Hungary Zrt. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo denominado en divisas – Artículo 4, apartado 1 – Toma en consideración de todas las demás cláusulas del contrato a efectos de apreciar el carácter abusivo de la cláusula impugnada – Artículo 6, apartado 1 – Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en el contrato – Alcance), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
59. **Asunto C-215/18:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Obvodní soud pro Prahu 8 – Republica checa) – Libuše Králová / Primera Air Scandinavia [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, de seguridad y de justicia – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –

Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 5, apartado 1 – Competencia en materia contractual – Artículos 15 a 17 – Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículos 6 y 7 – Derecho a compensación en caso de gran retraso de un vuelo – Contrato de transporte combinado de viaje y alojamiento celebrado entre el pasajero y una agencia de viajes – Demanda de indemnización interpuesta contra el transportista aéreo que no es parte de ese contrato – Directiva 90/314/CEE – Viaje combinado], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.

60. Asunto C-583/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 12 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main – Alemania) – Verbraucherzentrale Berlin eV / DB Vertrieb GmbH [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Ámbito de aplicación – Contrato de servicios – Artículo 2, punto 6 – Contrato de servicios de transporte de pasajeros – Artículo 3, apartado 3, letra k) – Tarjetas que confieren el derecho a obtener descuentos en el precio al celebrar posteriormente contratos de transporte de pasajeros – Venta en línea de esas tarjetas sin informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
61. Asunto C-779/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich – Polonia) – Mikrokasa S. A., Revenue Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty / XO [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Artículos 3, letra g), 10, apartado 2, y 22, apartado 1 – Grado de armonización – Concepto de «coste del crédito no correspondiente a intereses» – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Límite del coste total del crédito no correspondiente a intereses – Cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas – Exclusión], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
62. Asunto C-66/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken – Alemania) – JC / Kreissparkasse Saarlouis (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Contratos de crédito al consumo – Derecho de desistimiento – Plazo para ejercer dicho derecho – Exigencias en cuanto a la información que debe especificarse en el contrato – Información que se limita a remitirse en cascada a disposiciones nacionales), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
63. Asunto C-329/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano – Italia) – Condominio di Milano, via Meda / Eurothermo SpA [Procedimiento prejudicial – Protección

de los consumidores – Directiva 92/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 1, apartado 1 – Artículo 2, letra b) – Concepto de «consumidor» – Copropiedad de un inmueble], DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.

64. Asunto C-155/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 31 de marzo de 2020 – RT, SV, BC / Volkswagen Bank GmbH, Skoda Bank – Zweigniederlassung der Volkswagen Bank GmbH, DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.
65. Asunto C-208/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de mayo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz – Austria) – NK / MS, AS (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Derechos de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Ámbito de aplicación – Artículo 3, apartado 3, letra f) – Concepto de «contratos para la construcción de edificios nuevos» – Artículo 16, letra c) – Concepto de «bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados» – Contrato entre un arquitecto y un consumidor relativo a la elaboración de un plano de una vivienda unifamiliar nueva), DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.
66. Asunto C-266/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de mayo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – EIS GmbH / TO [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 6, apartados 1, letras c) y h), y 4 – Anexo I, letra A – Derecho de desistimiento – Información que debe facilitar el comerciante en cuanto a las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer el derecho de desistimiento – Obligación del comerciante de indicar su número de teléfono «si dispone de él» – Alcance], DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.
67. Asunto C-187/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 28 de abril de 2020 – JL / BMW Bank GmbH, DT / Volkswagen Bank GmbH, DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
68. Asunto C-301/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de junio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Bonn – Alemania) – Thomas Leonhard / DSL-Bank – eine Niederlassung der DB Privat- und Firmenkundenbank AG (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2002/65/CE – Contrato de crédito a distancia – Derecho de desistimiento – Consecuencias – Artículo 7, apartado 4 – Devolución de las prestaciones percibidas – Pago de una compensación por disfrute – Obligación del proveedor – Exclusión), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
69. Asunto C-495/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de junio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada

por el Sąd Okręgowy w Poznaniu – Polonia) – Kancelaria Medius SA z siedzib w Krakowie / RN (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 7, apartado 1 – Crédito al consumo – Control del carácter abusivo de las cláusulas – Incomparecencia del consumidor – Alcance de las funciones del juez), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.

70. Asunto C-639/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de junio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Kiel – Alemania) – KH / Sparkasse Südholstein (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Comercialización a distancia de servicios financieros – Directiva 2002/65/CE – Artículo 1 – Ámbito de aplicación – Contratos de servicios financieros que comprenden un acuerdo inicial de servicios seguido por operaciones sucesivas – Aplicación de la Directiva 2002/65/CE solamente al acuerdo inicial – Artículo 2, letra a) – Concepto de «contrato relativo a servicios financieros» – Acuerdo posterior a un contrato de préstamo por el que se modifica el tipo de interés inicialmente pactado), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
71. Asunto C-229/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 29 de mayo de 2020 – P / «K» EOOD, DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
72. Asunto C-243/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Polymeles Protodikeio Athinon (Grecia) el 5 de junio de 2020 – DP, SG / Trapeza Peiraios AE, DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
73. Asunto C-380/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de junio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. / Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2013/11/UE – Resolución alternativa de litigios – Artículo 13, apartados 1 y 2 – Información obligatoria – Accesibilidad de la información), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.
74. Asunto C-189/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 5 de mayo de 2020 – Laudamotion GmbH / Verein für Konsumenteninformation, DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.
75. Asunto C-452/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Teruel) – XZ / Ibercaja Banco, S. A. [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Cláusula limitadora de la variabilidad del tipo de interés (llamada cláusula «suelo») – Contrato de novación –

Renuncia a las acciones judiciales contra las cláusulas de un contrato – Falta de carácter obligatorio], DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.

76. **Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunalul Specializat Mureş – Rumanía) – SC Raiffeisen Bank SA / JB (C-698/18), BRD Groupe Société Générale SA / KC (C-699/18) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Contrato de préstamo personal – Contrato cumplido íntegramente – Declaración del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Acción de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva – Modalidades procesales – Acción judicial ordinaria imprescriptible – Acción judicial ordinaria personal, patrimonial y prescriptible – Inicio del cómputo del plazo de prescripción – Momento objetivo de conocimiento por parte del consumidor de la existencia de una cláusula abusiva), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.**
77. **Asunto C-81/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj – Rumanía) – NG, OH / SC Banca Transilvania SA (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Ámbito de aplicación – Artículo 1, apartado 2 – Concepto de «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» – Disposiciones supletorias – Contrato de crédito denominado en moneda extranjera – Cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.**
78. **Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta) – CY / Caixabank, S. A. (C-224/19), LG y PK / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (C-259/19) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 6 y 7 – Contratos celebrados con los consumidores – Préstamos hipotecarios – Cláusulas abusivas – Cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca – Efectos de la declaración de nulidad de tales cláusulas – Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de «abusiva» – Reparto de los gastos – Aplicación de disposiciones nacionales de carácter supletorio – Artículo 3, apartado 1 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Artículo 4, apartado 2 – Exclusión de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación del precio o de la retribución – Requisito – Artículo 5 – Obligación de redactar las cláusulas contractuales de forma clara y comprensible – Costas – Prescripción – Principio de efectividad), DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.**

79. **Asunto C-686/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de julio de 2020** (petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Senāts) – Letonia) – SIA «Soho Group» / Patērētāju tiesību aizsardzības centrs (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Concepto de «coste total del crédito para el consumidor» – Gastos por la prórroga del crédito), DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.
80. **Asunto C-198/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 11 de mayo de 2020** – MN, DN, JN, ZN / X Bank S. A., DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.
81. **Asunto C-212/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 12 de mayo de 2020** – M. P., B. P. / «A», que ejerce su actividad por medio de «A.» S. A., DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.
82. **Asunto C-213/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 12 de mayo de 2020** – G. W., E. S. / A. Towarzystwo Ubezpieczeń Życie S. A., DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.

DERECHO DE CONTRATOS

83. **Asunto C-10/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf (Alemania) el 10 de enero de 2020** – Flightright GmbH / Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
84. **Asunto C-73/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 13 de febrero de 2020** – ZM, en su condición de administrador concursal de Oeltrans Befrachtungsgesellschaft mbH / E. A. Frerichs, DOUE, C, num. 191, de 8 de junio de 2020.
85. **Asunto C-93/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bezirksgericht Schwechat (Austria) el 25 de febrero de 2020** – JU / Air France Direktion für Österreich, DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.
86. **Asunto C-127/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la Sąd Rejonowy w Gliwicach (Polonia) el 5 de marzo de 2020** – D. Spółka Akcyjna / W. Zrt, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
87. **Asunto C-832/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 12 de marzo de 2020** (petición de decisión prejudicial planteada por el Helsingin hovioikeus – Finlandia) – A y otros / Finnair Oyj [Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículos 5 y 7 – Derecho a compensación en caso de retraso o de cancelación de un vuelo – Derecho a compensación

acumulativa en caso de retraso o de cancelación no solo de la reserva original, sino también de la siguiente reserva efectuada con ocasión de un transporte alternativo – Alcance – Exención de la obligación de compensación – Concepto de «circunstancias extraordinarias» – Componente de los denominados on condition – Fallos técnicos inherentes al mantenimiento de un avión], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.

88. Asunto C-28/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 23 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Ryanair Ltd, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Ryanair Ltd, Ryanair DAC [Procedimiento prejudicial – Transportes – Servicios aéreos – Reglamento (CE) núm. 1008/2008 – Artículo 23, apartado 1 – Indicación del precio final que debe pagarse – Gastos de facturación en línea de los pasajeros – IVA – Gastos de gestión por las compras efectuadas con una tarjeta de crédito distinta de la autorizada por el transportista aéreo – Elementos obligatorios y previsibles del precio final que debe pagarse – Suplementos opcionales de precio – Concepto], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.
89. Asunto C-146/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 20 de marzo de 2020 – AD, BE, CF / Corendon Airlines, DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.
90. Asunto C-164/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 20 de abril de 2020 – Airhelp Limited/Austrian Airlines AG, DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.
100. Asunto C-74/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de junio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Juízo Local Cível de Lisboa – Juiz 18 – Portugal) – LE / Transportes Aéreos Portugueses SA [Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 3 – Artículo 7, apartado 1 – Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos – Exención – Concepto de «circunstancias extraordinarias» – «Pasajeros conflictivos» (unruly passengers) – Posibilidad de invocar el acaecimiento de una circunstancia extraordinaria en relación con un vuelo no afectado por ella – Concepto de «medidas razonables»], DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
101. Asunto C-188/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 30 de abril de 2020 – JG, representado legalmente por MI y LH, y otros / Azurair GmbH, representada por la liquidadora OP, DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.

102. Asunto C-196/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 6 de mayo de 2020 – Eurowings GmbH / Flightright GmbH, DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
103. Asunto C-252/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 10 de junio de 2020 – CY / Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.
104. Asunto C-263/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg, (Austria) el 15 de junio de 2020 – Airhelp Limited / Laudamotion GmbH, DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.
105. Asunto C-270/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 18 de junio de 2020 – AG y otros / Austrian Airlines AG, DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.
106. Asunto C-86/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona) – SL / Vueling Airlines, S. A. (Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Convenio de Montreal – Artículo 17, apartado 2 – Responsabilidad del transportista aéreo en materia de equipaje facturado – Pérdida acreditada del equipaje facturado – Derecho a indemnización – Artículo 22, apartado 2 – Límites de responsabilidad en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje – Falta de información sobre el equipaje perdido – Carga de la prueba – Autonomía procesal de los Estados miembros – Principios de equivalencia y de efectividad), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
107. Asunto C-153/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 28 de mayo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Köln – Alemania) – FZ / DER Touristik GmbH [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 12 – Viajes combinados – Gran retraso de los vuelos – Compensación a los pasajeros – Compensación suplementaria – Derecho de los pasajeros a la reducción del precio del viaje], DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

108. Asunto C-882/19: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 3 de diciembre de 2019 – Sumal, S. L. / Mercedes Benz Trucks España, S. L., DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.
109. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2019 en el asunto E-1/19 Andreas Gyrre contra Gobierno de Noruega,

representado por el Ministerio de Infancia e Igualdad (Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores – Anexo I – Punto 9 – Afirmar o crear por otro medio la impresión de que un producto puede ser legalmente vendido no siendo cierto), DOUE, C, núm. 90, de 19 de marzo de 2020.

110. Asunto C-79/20 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de febrero de 2020 por Yieh United Steel Corp. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 3 de diciembre de 2019 en el asunto T-607/15, Yieh United Steel / Comisión, DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.
111. Asunto C-307/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de enero de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Competition Appeal Tribunal, London – Reino Unido) – Generics (UK) Ltd y otros / Competition and Markets Authority (Procedimiento prejudicial – Competencia – Productos farmacéuticos – Barreras a la entrada en el mercado de los medicamentos genéricos resultantes de acuerdos de resolución amistosa de litigios relativos a patentes de procedimiento celebrados entre un fabricante de medicamentos de referencia titular de dichas patentes y fabricantes de productos genéricos – Artículo 101 TFUE – Competencia potencial – Restricción por el objeto – Calificación – Restricción por el efecto – Apreciación de los efectos – Artículo 102 TFUE – Mercado de referencia – Inclusión de medicamentos genéricos en el mercado de referencia – Abuso de posición dominante – Calificación – Justificaciones), DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.
112. Asunto C-920/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesverwaltungsgericht Steiermark (Austria) el 16 de diciembre de 2019 – Fluctus s.r.o. y otros, DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
113. Asunto T-383/17: Sentencia del Tribunal General de 2 de abril de 2020 – Hansol Paper/Comisión («Dumping – Importaciones de determinado papel térmico ligero originario de la República de Corea – Derecho antidumping definitivo – Cálculo del margen de dumping – Cálculo del margen de perjuicio – Determinación del perjuicio»), DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.
114. Asunto T-531/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2020 – LL-Carpenter/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de vehículos automóviles en la República Checa – Decisión desestimatoria de una denuncia – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 773/2004 – Artículo 13, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.
115. Asunto C-228/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – Gazdasági Versenyhivatal / Budapest

Bank Nyrt. y otros (Procedimiento prejudicial – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE, apartado 1 – Sistemas de pago con tarjeta – Acuerdo interbancario que establece el nivel de las tasas de intercambio – Acuerdo restrictivo de la competencia tanto por su objeto como por su efecto – Concepto de restricción de la competencia «por el objeto»), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.

DERECHO DE FAMILIA

- 116. Asunto C-112/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Bélgica) el 28 de febrero de 2020 – M. A. / État belge, DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.**

DERECHO DE SOCIEDADES

- 117. Asunto C-394/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de enero de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte di appello di Napoli – Italia) – I. G. I. / Maria Grazia Cicenia y otros (Procedimiento prejudicial – Directiva 82/891/CEE – Artículos 12 y 19 – Escisiones de sociedades de responsabilidad limitada – Protección de los intereses de los acreedores de la sociedad escindida – Nulidad de la escisión – Acción pauliana), DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

- 118. Asunto T-31/20: Recurso interpuesto el 20 de enero de 2020 – West End Drinks/EUIPO – Pernod Ricard (The King of SOHO), DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.**
- 119. Asunto T-48/20: Recurso interpuesto el 28 de enero de 2020 – Sahaj Marg Spirituality Foundation/EUIPO (Heartfulness), DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.**
- 120. Asunto T-49/20: Recurso interpuesto el 29 de enero de 2020 – Rothenberger/EUIPO – Paper Point (ROBOX), DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.**
- 121. Asunto T-56/20: Recurso interpuesto el 3 de febrero de 2020 – Bezos Family Foundation/EUIPO – SNCF Mobilités (VROOM), DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.**
- 122. Asunto T-57/20: Recurso interpuesto el 3 de febrero de 2020 – Group/EUIPO – Iliev (GROUP Company TOURISM & TRAVEL), DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.**
- 123. Asunto T-61/20: Recurso interpuesto el 3 de febrero de 2020 – Sonova/EUIPO – Digitmarket (B-Direct), DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.**

124. **Asunto T-487/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de febrero de 2020 – Stada Arzneimittel/EUIPO (VirusProtect) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión VirusProtect – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.**
125. **Asunto T-573/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2020 – Hickies/EUIPO (Forma de un cordón de zapato) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un cordón de zapato – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Protección de un derecho sobre un dibujo o un modelo anterior – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.**
126. **Asunto T-732/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de febrero de 2020 – Dalasa/EUIPO – Charité – Universitätsmedizin Berlin (charantea) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión charantea – Marca figurativa anterior de la Unión CHARITÉ – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.**
127. **Asunto T-733/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de febrero de 2020 – Dalasa/EUIPO – Charité – Universitätsmedizin Berlin (charantea) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión charantea – Marca figurativa anterior de la Unión CHARITÉ – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.**
128. **Asunto T-44/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2020 – Globalia Corporación Empresarial/EUIPO – Touring Club Italiano (TC Touring Club) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TC Touring Club – Marca denominativa anterior de la Unión TOURING CLUB ITALIANO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Elementos de prueba adicionales presentados por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Adhesión al recurso»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.**
129. **Asunto T-135/19: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2020 – Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals/EUIPO –**

- Dalmat (LaTV3D)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LaTV3D – Marca nacional denominativa anterior TV3 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los servicios – Similitud entre los signos – Carácter distintivo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.
130. **Asunto T-262/19: Sentencia del Tribunal General de 11 de febrero de 2020 – Jakober/EUIPO (Forma de una taza)** («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una taza – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso»), DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.
131. **Asunto T-331/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2020 – Pierre Balmain/EUIPO (Representación de una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.
132. **Asunto T-332/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2020 – Pierre Balmain/EUIPO (Representación de una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 95, de 23 de marzo de 2020.
133. **Asunto T-387/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de febrero de 2020 – Delta-Sport/EUIPO – Delta Enterprise (DELTA SPORT)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión DELTA SPORT – Marca española denominativa anterior COLCHON DELTA – Marca figurativa anterior de la Unión DELTA – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los productos – Similitud entre los signos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.
134. **Asunto T-8/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de febrero de 2020 – Repsol/EUIPO (INVENTEMOS EL FUTURO)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión INVENTEMOS EL FUTURO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.

135. **Asunto T-44/20: Recurso interpuesto el 27 de enero de 2020 – Chanel/EUIPO – Huawei Technologies (Representación de un círculo que contiene dos curvas entrelazadas), DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.**
136. **Asunto T-60/20: Recurso interpuesto el 3 de febrero de 2020 – Enosi Mastichoparagagon Chiou/EUIPO (MASTIHACARE), DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.**
137. **Asunto T-65/20: Recurso interpuesto el 4 de febrero de 2020 – Kneissl Holding/EUIPO – LS 9 (KNEISSL), DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.**
138. **Asunto T-70/20: Recurso interpuesto el 4 de febrero de 2020 – Metamorfoza/EUIPO – Tiesios kreivės (MUSEUM OF ILLUSSIONS), DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.**
139. **Asunto T-75/20: Recurso interpuesto el 10 de febrero de 2020 – Abitron Germany/EUIPO – Hetronic International (NOVA), DOUE, C, núm. 103, de 30 de marzo de 2020.**
140. **Asunto T-159/19: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2020 – Bog-Fran/EUIPO – Fabryki Mebli «Forte» (Muebles) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un mueble – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Prueba de la divulgación – Artículos 7 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
141. **Asunto T-202/19: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2020 – Knaus Tabbert/EUIPO – Carado (CaraTour) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CaraTour – Marca denominativa anterior de la Unión Carado – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
142. **Asunto T-203/19: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2020 – Knaus Tabbert/EUIPO – Carado (CaraTwo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CaraTwo – Marca denominativa anterior de la Unión Carado – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
143. **Asunto T-212/19: Auto del Tribunal General de 5 de febrero de 2020 – Apple/EUIPO (Lápices digitales) («Dibujo o modelo comunitario – División de la solicitud de registro que subsana la irregularidad que llevó a denegar el registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
144. **Asunto T-214/19: Auto del Tribunal General de 7 de febrero de 2020 – Fleximed/EUIPO – docPrice (Fleximed) [«Marca de la**

Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Fleximed – Marca de la Unión denominativa anterior mediFLEX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso carente manifiestamente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.

145. **Asunto T-71/20: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2020 – Puma/EUIPO – CAMäleon (PUMA-System), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
146. **Asunto T-81/20: Recurso interpuesto el 11 de febrero de 2020 – Klose/EUIPO (Representación de un rectángulo con tres segmentos de color), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
147. **Asunto T-83/20: Recurso interpuesto el 12 de febrero de 2020 – bonnanwalt/EUIPO – Bayerischer Rundfunk y otros (tagesschau), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
148. **Asunto T-84/20: Recurso interpuesto el 12 de febrero de 2020 – Qx World/EUIPO – Mandelay (EDUCTOR), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
149. **Asunto T-85/20: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2020 – Qx World/EUIPO – Mandelay (EDUCTOR), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
150. **Asunto T-86/20: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2020 – Qx World/EUIPO – Mandelay (SCIO), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
151. **Asunto T-93/20: Recurso interpuesto el 17 de febrero de 2020 – Albert Darboven Holding/EUIPO (WINDSOR-CASTLE), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
152. **Asunto T-98/20: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2020 – Biochange Group/EUIPO – Laubender (medical beauty research), DOUE, C, núm. 114, de 6 de abril de 2020.**
153. **Asunto T-874/19: Recurso interpuesto el 23 de diciembre de 2019 – Impera/EUIPO – Euro Games Technology (Flaming Forties), DOUE, C, núm. 129, de 20 de abril de 2020.**
154. **Asunto T-875/19: Recurso interpuesto el 23 de diciembre de 2019 – Impera/EUIPO – Euro Games Technology (Flaming Forties), DOUE, C, núm. 129, de 20 de abril de 2020.**
155. **Asunto T-128/20: Recurso interpuesto el 27 de febrero de 2020 – Collibra / EUIPO – Dietrich (COLLIBRA), DOUE, C, núm. 129, de 20 de abril de 2020.**
156. **Asunto T-129/20: Recurso interpuesto el 27 de febrero de 2020 – Collibra / EUIPO – Dietrich (collibra), DOUE, C, núm. 129, de 20 de abril de 2020.**

157. **Asunto C-371/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 29 de enero de 2020 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division) – Reino Unido] – Sky plc, Sky International AG, Sky UK Limited / Skykick UK Limited, Skykick Inc [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 7 y 51 – Directiva 89/104/CEE – Artículos 3 y 13 – Identificación de los productos o servicios a los que se refiere el registro – Incumplimiento de los requisitos de claridad y precisión – Mala fe del solicitante – Falta de intención de utilizar la marca para los productos o servicios a los que se refiere el registro – Nulidad total o parcial de la marca – Legislación nacional que obliga al solicitante a declarar que tiene la intención de utilizar la marca solicitada], DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**
158. **Asunto T-688/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de marzo de 2020 – Exploitiemaatschappij De Berghaaf/EUIPO – Brigade Electronics Group (CORNEREYE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CORNEREYE – Marca denominativa anterior de la Unión BACKEYE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Elevado carácter distintivo de la marca anterior adquirido por el uso – Pruebas – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**
159. **Asunto T-80/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de marzo de 2020 – Dekoback/EUIPO – DecoPac (DECOPAC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión DECOPAC – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartados 1, letra a) y 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Pruebas – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94, apartado 1, segunda frase, del Reglamento 2017/1001) – Derecho a ser oído»], DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**
160. **Asunto T-180/19: Auto del Tribunal General de 4 de marzo de 2020 – Bibita Group/EUIPO – Benkomers (Botellas de bebida) («Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una botella de bebida – Dibujo o modelo internacional anterior – Revocación de la decisión impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**
161. **Asunto T-112/20: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2020 – Intis / EUIPO – Televes (TELEVEND), DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**
162. **Asunto T-124/20: Recurso interpuesto el 25 de febrero de 2020 – M/S. Indeutsch International / EUIPO – Crafts Americana Group**

(Representación de cuñas repetidas entre dos líneas paralelas), DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.

163. Asunto T-582/19: Auto del Tribunal General de 13 de febrero de 2020 – Victoria's Secret Stores Brand Management/EUIPO – Lacoste (LOVE PINK), DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.
164. Asunto C-155/18 P a C-158/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de marzo de 2020 – Tulliallan Burlington Ltd / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) y Burlington Fashion GmbH [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Marcas denominativas y figurativas «BURLINGTON» – Oposición del titular de marcas denominativas y figurativas anteriores «BURLINGTON» y «BURLINGTON ARCADE» – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Arreglo de Niza – Clase 35 – Concepto de «servicios de venta al por menor» – Artículo 8, apartado 4 – Usurpación – Artículo 8, apartado 5 – Renombre – Criterios de apreciación – Similitud entre los productos y servicios – Desestimación de la oposición], DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
165. Asunto C-240/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de febrero de 2020 – Constantin Film Produktion GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra f) – Motivo de denegación absoluto – Marca contraria a las buenas costumbres – Signo denominativo «Fack Ju Göhte» – Denegación de la solicitud de registro], DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
166. Asunto C-328/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de marzo de 2020 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea / Equivalenza Manufactory, S. L. [«Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Apreciación de la similitud de los signos en conflicto – Apreciación global del riesgo de confusión – Consideración de las condiciones de comercialización – Neutralización de una similitud fonética por diferencias visuales y conceptuales – Requisitos de la neutralización»], DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
167. Asunto C-766/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de marzo de 2020 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión (EUIPO), M. J. Dairies EOOD [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Oposición – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Criterios de apreciación – Aplicabilidad en caso de marca colectiva anterior – Interdependencia entre la similitud de las marcas en conflicto y la de los productos o

- servicios designados por esas marcas], DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
168. Asunto T-135/20: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2020 – Vulkan Research and Development / EUIPO – Ega (EGA Master), DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
169. Asunto T-136/20: Recurso interpuesto el 2 de marzo de 2020 – Ardex/EUIPO – Chen (ArtiX PAINTS), DOUE, C, núm. 161, de 11 de mayo de 2020.
170. Asunto T-77/19: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Alcar Aktiebolag/EUIPO – Alcar Holding (alcar.se) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión alcar.se – Marca denominativa anterior de la Unión ALCAR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.
171. Asunto T-85/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2020 – Gwo Chyang Biotech/EUIPO – Norma (KinGirls) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión KinGirls – Marca alemana denominativa anterior King – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.
172. Asunto T-296/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2020 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Heretat Mont-Rubi (SUM011) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SUM011 – Marcas figurativa anterior de la Unión Sumol y nacional denominativa anterior SUMOL – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.
173. Asunto T-312/19: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo 2020 – Wilhelm Sihh jr./EUIPO – Golden Frog (CHAMELEON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CHAMELEON – Marcas internacional y nacional denominativas anteriores CHAMELEON – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.
174. Asunto T-321/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2020 – Maternus/EUIPO – adp Gauselmann (Jokers WILD Casino) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión Jokers WILD Casino – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del

Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.

175. **Asunto T-343/19: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Conlance/EUIPO – LG Electronics (SONANCE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SONANCE – Marca nacional denominativa anterior conlance – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.**
176. **Asunto T-352/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2020 – Gamma-A/EUIPO – Zivju pārstrādes uzņēmumu serviss (Envase para productos alimenticios) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un envase para productos alimenticios – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 6, apartado 1, letra b), y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.**
177. **Asunto T-353/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2020 – Gamma-A/EUIPO – Zivju pārstrādes uzņēmumu serviss (Envase para productos alimenticios) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un envase para productos alimenticios – Dibujo o modelo anterior – Prueba de la divulgación – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 6, apartado 1, letra b), y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.**
178. **Asunto T-570/19: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Muratbey Gida/EUIPO (Forma de queso trenzado) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de queso trenzado – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.**
179. **Asunto T-571/19: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Muratbey Gida/EUIPO (Forma de queso trenzado) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de queso trenzado – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.**

180. **Asunto T-572/19: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Muratbey Gida/EUIPO (Forma de queso trenzado) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de queso trenzado – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 175, de 25 de mayo de 2020.**
181. **Asunto T-546/19: Sentencia del Tribunal General de 2 de abril de 2020 – Isigny-Sainte Mère/EUIPO (Forma de un recipiente dorado con una especie de ola) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un recipiente dorado con una especie de ola – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
182. **Asunto T-60/19: Auto del Tribunal General de 9 de marzo de 2020 – Chipre/EUIPO – Filotas Bellas & Yios (Halloumi Vermion) («Marca de la Unión Europea – Nulidad de la marca en que se basa la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
183. **Asunto T-814/19: Auto del Tribunal General de 6 de marzo de 2020 – Nutravita/EUIPO – Pegaso (nutravita Healthy Mind, Body & Soul.) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
184. **Asunto T-153/20: Recurso interpuesto el 19 de marzo de 2020 – Bachmann/EUIPO (LIGHTYOGA), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
185. **Asunto T-157/20: Recurso interpuesto el 19 de marzo de 2020 – Bachmann/EUIPO (LIGHTYOGA), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
186. **Asunto T-158/20: Recurso interpuesto el 20 de marzo de 2020 – TrekStor/EUIPO – Yuneec Europe (Breeze), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
187. **Asunto T-168/20: Recurso interpuesto el 20 de marzo de 2020 – Creaton South-East Europe/EUIPO – Henkel (CREATHERM), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
188. **Asunto T-169/20: Recurso interpuesto el 23 de marzo de 2020 – Marina Yachting Brand Management Company/EUIPO – Industries Sportswear Company (MARINA YACHTING), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
189. **Asunto T-173/20: Recurso interpuesto el 23 de marzo de 2020 – Henry Cotton’s Brand Management Company/EUIPO – Industries Sportswear Company (Henry Cotton’s), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**

190. **Asunto T-176/20: Recurso interpuesto el 30 de marzo de 2020 – Sam McKnight/EUIPO – Carolina Herrera (COOL GIRL), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
191. **Asunto T-177/20: Recurso interpuesto el 30 de marzo de 2020 – Himmel/EUIPO – Ramírez Monfort (Hispano Suiza), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
192. **Asunto T-178/20: Recurso interpuesto el 6 de abril de 2020 – Bavaria Weed/EUIPO (BavariaWeed), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
193. **Asunto T-183/20: Recurso interpuesto el 7 de abril de 2020 – Schneider/EUIPO – Rath (Teslaplatte), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
194. **Asunto T-185/20: Recurso interpuesto el 31 de marzo de 2020 – Tikal Marine Systems/EUIPO – Ultra Safety Systems (Tikal Tef-Gel), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
195. **Asunto T-186/20: Recurso interpuesto el 3 de abril de 2020 – Chatwal/EUIPO – Timehouse Capital (THE TIME), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
196. **Asunto T-187/20: Recurso interpuesto el 9 de abril de 2020 – Davide Groppi/EUIPO – Viabizzuno (Lampade), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
197. **Asunto T-189/20: Recurso interpuesto el 6 de abril de 2020 – Chiquita Brands/EUIPO – Fyffes International (HOYA), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
198. **Asunto T-190/20: Recurso interpuesto el 7 de abril de 2020 – Almea/EUIPO – Sanacorp Pharmahandel (Almea), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
199. **Asunto T-192/20: Recurso interpuesto el 9 de abril de 2020 – Tikal Marine Systems/EUIPO – Ultra Safety Systems (Ultra Tef-Gel), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
200. **Asunto T-201/20: Recurso interpuesto el 6 de abril de 2020 – Berebene/EUIPO – Consorzio vino Chianti Classico (GHISU), DOUE, C, núm. 191, de 8 de junio de 2020.**
201. **Asunto T-37/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2020 – Cimpress Schweiz/EUIPO – Impress Media (CIMPRESS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CIMPRESS – Marca figurativa anterior de la Unión impress – Marca nacional denominativa anterior Impress-Media – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**

202. **Asunto T-78/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2020 – Lidl Stiftung/EUIPO – Plásticos Hidrosolubles (green cycles) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión green cycles – Uso efectivo de la marca – Artículo 18, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Artículo 10, apartados 3 y 4, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo – Falta de uso del signo como logotipo de la empresa»], DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
203. **Asunto T-108/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2020 – Kerry Luxembourg/EUIPO – Döhler (TasteSense By Kerry) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TasteSense By Kerry – Marca denominativa anterior de la Unión MultiSense – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
204. **Asunto T-3/19: Auto del Tribunal General de 2 de abril de 2020 – Thai World Import & Export/EUIPO – Elvir (Yaco) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
205. **Asunto T-191/20: Recurso interpuesto el 9 de abril de 2020 – FCA Italy / EUIPO – Bettag (Pandem), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
206. **Asunto T-193/20: Recurso interpuesto el 10 de abril de 2020 – Eternit / EUIPO – Eternit Österreich (Paneles), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
207. **Asunto T-195/20: Recurso interpuesto el 6 de abril de 2020 – Sociedade da Água de Monchique/EUIPO – Ventura Vendrell (chic ÁGUA ALCALINA 9,5 PH), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
208. **Asunto T-196/20: Recurso interpuesto el 10 de abril de 2020 – Chanel/EUIPO – Innovative Cosmetic Concepts (INCOCO), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
209. **Asunto T-199/20: Recurso interpuesto el 14 de abril de 2020 – Aldi Stores/EUIPO – Dualit (Forma de un tostador), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
210. **Asunto T-200/20: Recurso interpuesto el 15 de abril de 2020 – Stone Brewing / EUIPO – Molson Coors Brewing Company (UK) (STONE BREWING), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**

211. **Asunto T-202/20: Recurso interpuesto el 17 de abril de 2020 – Target Brands / EUIPO – The a.r.t. company b&s (ART CLASS), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
212. **Asunto T-204/20: Recurso interpuesto el 19 de abril de 2020 – Zoom / EUIPO – Facetec (ZOOM), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
213. **Asunto T-205/20: Recurso interpuesto el 16 de abril de 2020 – Frommer / EUIPO – Minerva (I-cosmetics), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
214. **Asunto T-207/20: Recurso interpuesto el 17 de abril de 2020 – Residencial Palladium/EUIPO – Fiesta Hotels & Resorts (PALLADIUM HOTELS & RESORTS), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
215. **Asunto T-215/20: Recurso interpuesto el 21 de abril de 2020 – Fidia farmaceutici / EUIPO – Ioulia and Irene Tseti Pharmaceutical Laboratories (HYAL), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
216. **Asunto T-221/20: Recurso interpuesto el 23 de abril de 2020 – Target Brands / EUIPO – The a.r.t. company b&s (art class), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
217. **Asunto T-226/20: Recurso interpuesto el 24 de abril de 2020 – Steinel/EUIPO (MobileHeat), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
218. **Asunto T-227/20: Recurso interpuesto el 24 de abril de 2020 – Biovene Cosmetics / EUIPO – Eugène Perma France (BIOVÈNE BARCELONA), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
219. **Asunto T-232/20: Recurso interpuesto el 28 de abril de 2020 – Biovene Cosmetics/EUIPO – Eugène Perma France (BIOVÈNE), DOUE, C, núm. 201, de 15 de junio de 2020.**
220. **Asunto C-133/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 11 de marzo de 2020 – European Pallet Association eV / PHZ BV, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.**
221. **Asunto T-653/18: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Armani/EUIPO – Asunción (GIORGIO ARMANI le Sac 11) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GIORGIO ARMANI le sac 11 – Marcas nacionales denominativa y figurativas anteriores LESAC y lesac – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.**

222. Asunto T-654/18: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Armani/EUIPO – Asunción (Ie Sac 11) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Ie Sac 11 – Marcas nacionales denominativa y figurativas anteriores LESAC y Ie sac – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
223. Asunto T-752/18: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2020 – Tecnodidattica/EUIPO (Forma de bases para globos y lámparas) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de bases para globos y lámparas – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para la obtención de un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de elementos ornamentales o de fantasía que desempeñen una función importante o esencial»], DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
224. Asunto T-73/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2020 – Bergslagens Järnvaru/EUIPO – Scheppach Fabrikation von Holzbearbeitungsmaschinen (Herramienta para cortar madera) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una herramienta para cortar madera – Dibujo o modelo nacional anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Falta de impresión global diferente – Artículo 6, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Violación del derecho de defensa – Artículo 62 del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
225. Asunto T-106/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2020 – Abarca/EUIPO – Abanca Corporación Bancaria (ABARCA SEGUROS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ABARCA SEGUROS – Marca denominativa anterior de la Unión ABANCA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
226. Asunto T-109/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2020 – Kerry Luxembourg/EUIPO – Döhler (TasteSense) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TasteSense – Marca denominativa anterior de la Unión MultiSense – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.

227. **Asunto T-594/19: Auto del Tribunal General de 27 de abril de 2020 – Axactor/EUIPO – Axa (AXACTOR) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»)**, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
228. **Asunto T-239/20: Recurso interpuesto el 30 de abril de 2020 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Pfizer (RUXXIMLA)**, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
229. **Asunto T-248/20: Recurso interpuesto el 5 de mayo de 2020 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Pfizer (RUXYMLA)**, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
230. **Asunto T-266/20: Recurso interpuesto el 8 de mayo de 2020 – Global Chartered Controller Institute/EUIPO – CFA Institute (CCA CHARTERED CONTROLLER ANALYST CERTIFICATE)**, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.
231. **Asunto C-622/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de marzo de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – AR / Cooper International Spirits LLC, St Dalfour SAS, Établissements Gabriel Boudier SA [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5, apartado 1, letra b) – Artículo 10, apartado 1, párrafo primero – Artículo 12, apartado 1 – Caducidad de una marca por falta de uso efectivo – Derecho del titular de la marca a invocar un menoscabo a sus derechos exclusivos por el uso por un tercero de un signo idéntico o similar durante el periodo anterior a la fecha en que la caducidad surtió efecto]**, DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
232. **Asunto C-123/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 4 de marzo de 2020 – Ferrari SpA / Mansory Design & Holding GmbH, WH**, DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
233. **Asunto T-443/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Vogue Peek & Cloppenburg) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Vogue Peek & Cloppenburg – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Coexistencia de la denominación comercial nacional y de la marca solicitada – Acuerdo de delimitación – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Suspensión del procedimiento administrativo – Artículo 70 del Reglamento 2017/1001 – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Error manifiesto de apreciación»]**, DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.

234. Asunto T-444/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad y caducidad – Marca denominativa de la Unión Peek & Cloppenburg – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg – Motivo de denegación relativo – Artículos 8, apartado 4 y 60, apartado 1, letra c) del Reglamento (UE) 2017/1001 – Coexistencia de la denominación comercial nacional y de la marca solicitada – Acuerdo de delimitación – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Suspensión del procedimiento administrativo – Artículo 70 del Reglamento 2017/1001 – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Error manifiesto de apreciación»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
235. Asunto T-445/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Peek & Cloppenburg – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Coexistencia de la denominación comercial nacional y de la marca solicitada – Acuerdo de delimitación – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Suspensión del procedimiento administrativo – Artículo 70 del Reglamento 2017/1001 – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Error manifiesto de apreciación»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
236. Asunto T-446/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Peek & Cloppenburg – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Coexistencia de la denominación comercial nacional y de la marca solicitada – Acuerdo de delimitación – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Suspensión del procedimiento administrativo – Artículo 70 del Reglamento 2017/1001 – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Error manifiesto de apreciación»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
237. Asunto T-534/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Peek – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg –

Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Coexistencia de la denominación comercial nacional y de la marca solicitada – Acuerdo de delimitación – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Suspensión del procedimiento administrativo – Artículo 70 del Reglamento 2017/1001 – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Error manifiesto de apreciación», DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.

238. **Asunto T-535/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek’s) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Peek’s – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Coexistencia de la denominación comercial nacional y de la marca solicitada – Acuerdo de delimitación – Aplicación del Derecho nacional por la EUIPO – Suspensión del procedimiento administrativo – Artículo 70 del Reglamento 2017/1001 – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Error manifiesto de apreciación», DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.**
239. **Asunto T-5/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Clatronic International/EUIPO (PROFI CARE) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa PROFIL CARE – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.**
240. **Asunto T-49/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – View/EUIPO (CREATE DELIGHTFUL HUMAN ENVIRONMENTS) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa CREATE DELIGHTFUL HUMAN ENVIRONMENTS – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.**
241. **Asunto T-63/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Rot Front/EUIPO – Kondyterska korporatsiia «Roshen» (РОШЕН) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa РОШЕН – Marca internacional figurativa anterior ромашки – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.**

242. Asunto T-76/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Pontinova/EUIPO – Ponti & Partners (pontinova) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión pontinova – Marca nacional denominativa anterior PONTI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento(UE) 2017/1001 – Público pertinente – Similitud entre los servicios – Similitud entre los signos – Apreciación global del riesgo de confusión»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
243. Asunto T-86/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – SolNova/EUIPO – Canina Pharma (BIO-INSECT Shocker) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión BIO-INSECT Shocker – Motivo de denegación absoluto – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letra g), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
244. Asunto T-156/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Koenig & Bauer/EUIPO (we're on it) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión we're on it – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Marca constituida por un eslogan publicitario – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
245. Asunto T-172/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Cognac Ferrand/EUIPO (Forma de trenzado sobre una botella) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de trenzado sobre una botella – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
246. Asunto T-284/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Wonder Line/EUIPO – De Longhi Benelux (KENWELL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión KENWELL – Marca denominativa anterior de la Unión KENWOOD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
247. Asunto T-288/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Divaro/EUIPO – Grendene (IPANEMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión IPANEMA – Marca figurativa anterior de la Unión Ipanema – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.

248. Asunto T-381/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – adp Gauselmann/EUIPO – Gameloft (City Mania) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión City Mania – Marca denominativa anterior de la Unión City Lights – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
249. Asunto T-503/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – Global Brand Holdings/EUIPO (XOXO) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión XOXO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
250. Asunto T-532/19: Sentencia del Tribunal General de 13 de mayo de 2020 – EC Brand Comércio, Importação e Exportação de Vestuário em Geral/EUIPO (pantys) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión pantys – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
251. Asunto T-233/20: Recurso interpuesto el 28 de abril de 2020 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (R. T. S. ROCHEM Technical Services), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
252. Asunto T-253/20: Recurso interpuesto el 5 de mayo de 2020 – Oatly / EUIPO (IT’S LIKE MILK BUT MADE FOR HUMANS), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
253. Asunto T-254/20: Recurso interpuesto el 5 de mayo de 2020 – Kondyterska korporatsiia «Roshen»/EUIPO – Krasnyj Octyabr (Representación de una langosta), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
254. Asunto T-256/20: Recurso interpuesto el 6 de mayo de 2020 – Steinel/EUIPO (GluePro), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
255. Asunto T-263/20: Recurso interpuesto el 6 de mayo de 2020 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (R. T. S. ROCHEM Technical Services), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
256. Asunto T-282/20: Recurso interpuesto el 13 de mayo de 2020 – Apologistics/EUIPO – Kerckhoff (APO), DOUE, C, núm. 215, de 29 de junio de 2020.
257. Asunto C-567/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Coty Germany GmbH / Amazon Services Europe Sàrl, Amazon FC Graben GmbH, Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl [Procedimiento prejudi-

- cial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 9 – Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 9 – Derecho conferido por la marca – Uso – Almacenamiento de productos para ofrecerlos o comercializarlos – Depósito para la expedición de productos que infringen un derecho de marca vendidos en una plataforma de comercio electrónico], DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
258. Asunto T-261/20: Recurso interpuesto el 6 de mayo de 2020 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (ROCHEM), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
259. Asunto T-262/20: Recurso interpuesto el 6 de mayo de 2020 – Rochem Group/EUIPO – Rochem Marine (ROCHEM), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
260. Asunto T-284/20: Recurso interpuesto el 13 de mayo de 2020 – Klaus Berthold/EUIPO – Thomann (HB Harley Benton), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
261. Asunto T-285/20: Recurso interpuesto el 15 de mayo de 2020 – MCM Products/EUIPO – The Nomad Company (NOMAD), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
262. Asunto T-286/20: Recurso interpuesto el 15 de mayo de 2020 – Capella/EUIPO – Cobi.bike (GOBI), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
263. Asunto T-287/20: Recurso interpuesto el 15 de mayo de 2020 – Eggy Food/EUIPO (EGGY FOOD), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
264. Asunto T-290/20: Recurso interpuesto el 14 de mayo de 2020 – Ceramica Flaminia/EUIPO – Ceramica Cielo (goclean), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.
265. Asunto C-736/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 23 de abril de 2020 – Gugler France / Alexander Gugler, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Marca figurativa que incluye el elemento figurativo GUGLER – Solicitud de nulidad presentada por Gugler France SA – Vínculo económico entre el solicitante de la nulidad y el titular de la marca controvertida – Inexistencia de riesgo de confusión), DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.
266. Asunto C-237/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 23 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft. / Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala [Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Denegación o nulidad de registro – Marca tridimensional – Artículo 3, apartado 1, letra e), incisos ii) y iii) – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico –

Signo constituido por la forma que da un valor sustancial al producto – Consideración de la percepción del público pertinente], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.

267. **Asunto T-615/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Diesel/EUIPO – Sprinter megacentros del deporte (Representación de una línea curva y angular) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una línea curva y angular – Marcas figurativa anterior de la Unión que representa la letra mayúscula «D» e internacional figurativa anterior que representa una línea angular – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
268. **Asunto T-677/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Galletas Gullón/EUIPO – Intercontinental Great Brands (gullón TWINS COOKIE SANDWICH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión gullón TWINS COOKIE SANDWICH – Marca figurativa anterior de la Unión OREO – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
269. **Asunto T-681/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Korporaciya «Masternet»/EUIPO – Stayer Ibérica (STAYER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión STAYER – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Calificación de los productos para los que se ha demostrado el uso efectivo»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
270. **Asunto T-696/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Consejo Regulador «Jamón de Teruel/Paleta de Teruel»/EUIPO – Airesano Foods (AIRESANO BLACK El ibérico de Teruel) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión AIRESANO BLACK El ibérico de Teruel – Marca figurativa anterior de la Unión JAMON DE TERUEL CONSEJO REGULADOR DE LA DENOMINACION DE ORIGEN – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
271. **Asuntos T-724/18 y T-184/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Aurea Biolabs/EUIPO – Avizel (AUREA BIOLABS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión AUREA**

- BIOLABS – Marca denominativa anterior de la Unión AUREA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Rectificación de la resolución de la Sala de Recurso – Artículo 102 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
272. **Asuntos T-84/19 y T-88/19 a T-98/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (We IntelliGence the World y otros) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas figurativas de la Unión We IntelliGence the World, currencymachineassistant, robodealer, currencyassistant, tradingcurrencyassistant, CKPL, moneypersonalassistant, moneyassistant, currencypersonalassistant, CNTX Trading, AIdealer y CNTX – Marcas figurativas anteriores de la Unión y del Reino Unido que representan dos círculos entrelazados o dos discos que se superponen – Suspensión del procedimiento – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
273. **Asunto T-333/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Ntolas/EUIPO – General Nutrition Investment (GN GENETIC NUTRITION LABORATORIES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GN GENETIC NUTRITION LABORATORIES – Marca denominativa anterior de la Unión GNC – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
274. **Asunto T-341/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Martínez Albainox/EUIPO – Taser International (TASER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión TASER – Marcas denominativas anteriores de la Unión TASER – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Perjuicio para la notoriedad – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**
275. **Asunto T-342/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Martínez Albainox/EUIPO – Taser International (TASER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión TASER – Marcas denominativas anteriores de la Unión TASER – Motivos de denegación relativos – Perjuicio para la notoriedad – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**

276. Asunto T-506/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Workspace Group/EUIPO – Technopolis Holding (UMA WORKSPACE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión UMA WORKSPACE – Marcas figurativas y denominativas anteriores de la Unión y del Reino Unido WORKSPACE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.
277. Asunto T-564/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2020 – Lozano Arana y otros/EUIPO – Coltejer (LIBERTADOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión LIBERTADOR – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho a ser oído – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001 – Notificación regular – Artículo 60 del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430 [actualmente artículo 60 del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – No aportación de prueba del uso efectivo de la marca dentro del plazo señalado – Artículo 19, apartado 1, del Reglamento Delegado 2017/1430 (actualmente artículo 19, apartado 1, del Reglamento Delegado 2018/625)»], DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.
278. Asunto C-772/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 30 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – A / B [Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5, apartado 1 – Artículo 5, apartado 3, letras b) y c) – Violación del derecho de marca – Concepto de «uso en el tráfico económico» – Producto despachado a libre práctica – Importación – Almacenamiento – Almacenamiento de productos para su comercialización – Exportación], DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.
279. Asunto T-310/20: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2020 – Comercializadora Eloro/EUIPO – Zumex Group (JUMEX), DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.
280. Asunto T-311/20: Recurso interpuesto el 26 de mayo de 2020 – France Agro/EUIPO – Chafay (Choumicha Saveurs), DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.
281. Asunto T-323/20: Recurso interpuesto el 27 de mayo de 2020 – Hell Energy Magyarország/EUIPO (HELL), DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.
282. Asunto T-327/20: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2020 – Group Nivelles/EUIPO – Easy Sanitary Solutions (Sifón de ducha), DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.
283. Asunto T-328/20: Recurso interpuesto el 29 de mayo de 2020 – Electrodomesticos Taurus/EUIPO – Shenzhen Aukey E-Business (AICOOK), DOUE, C, núm. 240, de 20 de julio de 2020.

284. **Asunto T-100/19: Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2020 – L. Oliva Torras/EUIPO – Mecánica del Frío (Acoplamiento para vehículos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un acoplamiento para conectar equipos de refrigeración o aire acondicionado con un vehículo de motor – Pretensión única en la que se solicita la modificación – Pretensión implícita de anulación – Admisibilidad – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículos 4 a 9 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Alcance del examen realizado por la Sala de Recurso – Posición de la Sala de Recurso, en la tramitación del procedimiento, sobre el incumplimiento de un requisito de protección – Conclusión divergente en la resolución impugnada – Obligación de motivación – Artículos 62 y 63, apartado 1, segunda frase, del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
285. **Asunto T-646/19: Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2020 – eSky Group IP/EUIPO – Gröpel (e) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión e – Marca internacional figurativa anterior e – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
286. **Asunto T-707/19: Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2020 – FF&GB/EUIPO (ONE-OFF) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión ONE-OFF – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
287. **Asunto T-274/20: Recurso interpuesto el 11 de mayo de 2020 – MHCS / EUIPO – Lidl Stiftung (Tono del color naranja), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
288. **Asunto T-276/20: Recurso interpuesto el 11 de mayo de 2020 – Crevier / EUIPO (Ambientador), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
289. **Asunto T-289/20: Recurso interpuesto el 15 de mayo de 2020 – Facegym/EUIPO (FACEGYM), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
290. **Asunto T-294/20: Recurso interpuesto el 22 de mayo de 2020 – Talleres de Escoriaza / EUIPO – Salto Systems (KAAS KEYS AS A SERVICE), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
291. **Asunto T-300/20: Recurso interpuesto el 22 de mayo de 2020 – Nosio / EUIPO – Tros del Beto (ACCUSÌ), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**

292. Asunto T-305/20: Recurso interpuesto el 26 de mayo de 2020 – Telefónica Germany/EUIPO – Google (LOOP), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
293. Asunto T-306/20: Recurso interpuesto el 19 de mayo de 2020 – Hijos de Moisés Rodríguez González/EUIPO – Irlanda y Ornua (La Irlandesa 1943), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
294. Asunto T-324/20: Recurso interpuesto el 26 de mayo de 2020 – Yongkang Kugoo Technology / EUIPO – Ford Motor Company (kugoo), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
295. Asunto T-326/20: Recurso interpuesto el 27 de mayo de 2020 – Bibita Group / EUIPO – Benkomers (Botellas de bebida), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
296. Asunto T-329/20: Recurso interpuesto el 29 de mayo de 2020 – 4B Company/EUIPO – Deenz [Pendientes (joyería)], DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
297. Asunto T-331/20: Recurso interpuesto el 29 de mayo de 2020 – Laboratorios Ern / EUIPO – Le-Vel Brands (Le-Vel), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
298. Asunto T-344/20: Recurso interpuesto el 3 de junio de 2020 – El Corte Inglés/EUIPO – Unión Detallistas Españoles (unit), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
299. Asunto T-345/20: Recurso interpuesto el 4 de junio de 2020 – Robert Klingel/EUIPO (MEN+), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
300. Asunto T-348/20: Recurso interpuesto el 5 de junio de 2020 – Freistaat Bayern/EUIPO (GEWÜRZSOMMELIER), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
301. Asunto T-351/20: Recurso interpuesto el 5 de junio de 2020 – St. Hippolyt/EUIPO – Raisioaqua (Vital like nature), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
302. Asunto T-352/20: Recurso interpuesto el 5 de junio de 2020 – St. Hippolyt/EUIPO – Elephant (Strong like nature), DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.
303. Asunto T-717/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2020 – B. D./EUIPO – Philicon-97 (PHILIBON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión PHILIBON – Marca nacional figurativa anterior PHILICON – Motivo de denegación relativo – Marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París – Artículo 8, apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 2, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.

304. **Asunto T-718/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2020 – Boyer/EUIPO – Philicon-97 (PHILIBON DEPUIS 1957 www.philibon.com)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión PHILIBON DEPUIS 1957 www.philibon.com – Marca nacional figurativa anterior PHILICON – Motivo de denegación relativo – Marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París – Artículo 8, apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8 apartado 2, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
305. **Asunto T-105/19: Sentencia del Tribunal General de 10 de junio de 2020 – Louis Vuitton Malletier/EUIPO – Wisniewski (Representación de un dibujo a cuadros)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa un dibujo a cuadros – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Hechos notorios – Carácter distintivo adquirido por el uso – Apreciación conjunta de las pruebas del carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 59, apartados 1 y 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
306. **Asunto T-577/19: Sentencia del Tribunal General de 10 junio de 2020 – Leinfelder Uhren München/EUIPO – Schafft (Leinfelder)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Leinfelder – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Abuso de derecho»], DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
307. **Asunto T-297/20: Recurso interpuesto el 22 de mayo de 2020 – Fashioneast y AM. VI./EUIPO – Moschillo (RICH JOHN RICHMOND)**, DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
308. **Asunto T-325/20: Recurso interpuesto el 25 de mayo de 2020 – Unger Marketing International / EUIPO – Orben Wasseraufbereitung (Purificadores de agua)**, DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
309. **Asunto T-332/20: Recurso interpuesto el 29 de mayo de 2020 – König Ludwig International / EUIPO (Royal Bavarian Beer)**, DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
310. **Asunto T-333/20: Recurso interpuesto el 1 de junio de 2020 – Fidia farmaceutici/EUIPO – Giuliani (IALO TSP)**, DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.
311. **Asunto T-337/20: Recurso interpuesto el 27 de mayo de 2020 – Hochmann Marketing/EUIPO (bittorrent)**, DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.

312. **Asunto T-341/20: Recurso interpuesto el 29 de mayo de 2020 – EAB/EUIPO (RADIOSHUTTLE), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
313. **Asunto T-355/20: Recurso interpuesto el 5 de junio de 2020 – Krasnyj Ocyabr/EUIPO – Spółdzielnia «Pokój» (Pokój TRADYCJA JAKOŚĆ KRÓWKA SŁODKIE CHWILE Z DZIECIŃSTWA TRADYCYJNA RECEPTURA), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
314. **Asunto T-356/20: Recurso interpuesto el 8 de junio de 2020 – Jiruš/ EUIPO – Nile Clothing (Racing Syndicate), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
315. **Asunto T-359/20: Recurso interpuesto el 8 de junio de 2020 – Team Beverage/EUIPO – Zurich Deutscher Herold Lebensversicherung (Team Beverage), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
316. **Asunto T-361/20: Recurso interpuesto el 10 de junio de 2020 – El Corte Inglés/EUIPO – Europull (GREEN COAST), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
317. **Asunto T-362/20: Recurso interpuesto el 11 de junio de 2020 – Acciona/EUIPO – Agencia Negociadora PB (REACCIONA), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
318. **Asunto T-363/20: Recurso interpuesto el 9 de junio de 2020 – Krasnyj Ocyabr/EUIPO – Spółdzielnia «Pokój» (KRÓWKA MLECZNA Milk FUDGE), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
319. **Asunto T-365/20: Recurso interpuesto el 11 de junio de 2020 – Birkenstock Sales/EUIPO (Forma de un modelo de una suela de zapato), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
320. **Asunto T-366/20: Recurso interpuesto el 12 de junio de 2020 – 1031023 B. C./EUIPO – Bodegas San Valero (Representación de un elemento redondo parecido a una pincelada), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
321. **Asunto T-368/20: Recurso interpuesto el 12 de junio de 2020 – Smiley Miley / EUIPO – Cyrus Trademarks (MILEY CYRUS), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
322. **Asunto T-369/20: Recurso interpuesto el 13 de junio 2020 – EFFAS / EUIPO – CFA Institute (CEFA Certified European Financial Analyst), DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**
323. **Asunto T-104/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Dermavita/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión JUVÉDERM – Uso efectivo de la marca – Uso para los productos para los que fue registrada la marca – Uso en la forma en la que fue registrada la**

- marca – Uso con el consentimiento del titular – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
324. Asunto T-379/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Serviceplan Gruppe für innovative Kommunikation/EUIPO (Serviceplan) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Serviceplan – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
325. Asunto T-380/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Serviceplan Gruppe für innovative Kommunikation/EUIPO (Serviceplan Solutions) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Serviceplan Solutions – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
326. Asunto T-563/19: Auto del Tribunal General de 11 de junio de 2020 – Perfect Bar/EUIPO (PERFECT Bar) [«Recurso de anulación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea PERFECT Bar – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por parte del Tribunal General – Artículo 72, apartado 6, del Reglamento 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
327. Asunto T-250/20: Recurso interpuesto el 29 de abril de 2020 – Moviescreens Rental/EUIPO – the airscreen company (AIRSCREEN), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
328. Asunto T-298/20: Recurso interpuesto el 22 de mayo de 2020 – KD/EUIPO, DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
329. Asunto T-342/20: Recurso interpuesto el 2 de junio de 2020 – Indo European Foods / EUIPO – Chakari (Abresham Super Basmati Selaa Grade One World’s Best Rice), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
330. Asunto T-353/20: Recurso interpuesto el 3 de junio de 2020 – AC Milan / EUIPO – InterES (ACM 1899 AC MILAN), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.

331. Asunto T-354/20: Recurso interpuesto el 4 de junio de 2020 – Kfz-Gewerbe / EUIPO – The Blink Fish (Representación de un pez), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
332. Asunto T-372/20: Recurso interpuesto el 15 de junio de 2020 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVE-DERM), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
333. Asunto T-387/20: Recurso interpuesto el 23 de junio de 2020 – DK Company/EUIPO – Hunter Boot (DENIM HUNTER), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
334. Asunto T-400/20: Recurso interpuesto el 29 de junio de 2020 – El Corte Inglés/EUIPO – Rudolf Böckenholt (LLOYD’S), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
335. Asunto T-23/19: Auto del Tribunal General de 8 de junio de 2020 – Limango/EUIPO – Consolidated Artists (limango), DOUE, C, núm. 262, de 10 de agosto de 2020.
336. Asunto C-702/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de junio de 2020 – Przedsiębiorstwo Produkcyn-Handlowe «Primart» Marek Łukasiewicz / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea(EUIPO), Bolton Cile España, S. A. [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Solicitud de marca figurativa de la Unión PRIMART Marek Łukasiewicz – Marca nacional anterior PRIMA – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 76, apartado 1 – Alcance del control jurisdiccional del Tribunal General de la Unión Europea], DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
337. Asunto C-115/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 11 de junio de 2020 – China Construction Bank Corp. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Groupement des cartes bancaires [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Oposición – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Apreciación de la similitud de los signos en conflicto – Apreciación del carácter distintivo de la marca anterior], DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
338. Asunto C-142/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 18 de junio de 2020 – Dovgan GmbH / Monolith Frost GmbH, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Solicitud de nulidad de la marca denominada PLOMBIR – Desestimación de la solicitud de nulidad – Obligación de motivación – Desnaturalización de los hechos y de las pruebas), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.
339. Asunto T-114/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Pavel/EUIPO – bugatti (B) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la

- Unión B – Marca internacional figurativa anterior b – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Desviación de poder–Anulación parcial»], DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 340. Asunto T-550/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Nitto Pharmaceutical Industries/EUIPO – Chiesi Farmaceutici (NOSTER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa NOSTER – Marca denominativa anterior de la Unión FOSTER – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 341. Asunto T-651/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Brands Up/EUIPO (Credit24) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Credit24 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 342. Asunto T-558/19: Auto del Tribunal General de 16 de junio de 2020 – Luz Saúde/EUIPO – Clínica La Luz (HOSPITAL DA LUZ LEARNING HEALTH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea HOSPITAL DA LUZ LEARNING HEALTH – Marca nacional figurativa anterior clínica LALUZ – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 343. Asunto T-357/20: Recurso interpuesto el 7 de junio de 2020 – Kozhuvchanka uvoz-izvoz Kavadarci/EUIPO (NASHE MAKEDONSKO PILSNER BEER MACEDONIAN PREMIUM BEER), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 344. Asunto T-373/20: Recurso interpuesto el 15 de junio de 2020 – Framery/EUIPO – Smartblock (Edificio transportable), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 345. Asunto T-380/20: Recurso interpuesto el 17 de junio de 2020 – Tubes Radiatori/EUIPO – Antrax It (Radiador para calefacción), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 346. Asunto T-382/20: Recurso interpuesto el 17 de junio de 2020 – Lee/EUIPO (Cuchillos, tenedores y cucharas de mesa), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 347. Asunto T-386/20: Recurso interpuesto el 16 de junio de 2020 – Micron Technology/EUIPO (INTELLIGENCE, ACCELERATED), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**

348. **Asunto T-396/20: Recurso interpuesto el 26 de junio de 2020 – Riviera-Airport/EUIPO – Aéroports de la Côte d’Azur (RIVIERA AIRPORTS), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
349. **Asunto T-398/20: Recurso interpuesto el 26 de junio de 2020 – Riviera-Airport/EUIPO – Aéroports de la Côte d’Azur (RIVIERA AIRPORT), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
350. **Asunto T-399/20: Recurso interpuesto el 26 de junio de 2020 – Cole Haan/EUIPO – Samsøe & Samsøe (Ø), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
351. **Asunto C-684/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 2 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – mk advokaten GbR / MBK Rechtsanwälte GbR («Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5, apartado 1 – Uso en el tráfico económico de cualquier signo idéntico o similar a una marca ajena para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que la marca esté registrada – Alcance de los términos «el uso» – Anuncio publicado en línea en un sitio de Internet por encargo de una persona que opera en el tráfico económico y posteriormente reproducido en otros sitios de Internet»), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.**
352. **Asunto T-397/20: Recurso interpuesto el 26 de junio de 2020 – Allergan Holdings France/EUIPO – Dermavita Company (JUVEDERM), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.**
353. **Asunto T-417/20: Recurso interpuesto el 3 de julio de 2020 – Esteves Lopes Granja/EUIPO – Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto (PORTWO GIN), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.**
354. **Asunto T-418/20: Recurso interpuesto el 7 de julio de 2020 – GitLab/EUIPO – Gitlab (GitLab), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.**
355. **Asunto T-429/20: Recurso interpuesto el 8 de julio de 2020 – Sedus Stoll/EUIPO – Kappes (Sedus ergo+), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.**
356. **Asunto T-436/20: Recurso interpuesto el 10 de julio de 2020 – Sedus Stoll/EUIPO – Kappes (Sedus ergo+), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.**
357. **Asunto T-437/20: Recurso interpuesto el 13 de julio de 2020 – Ultrasun/EUIPO (ULTRASUN), DOUE, C, núm. 279, de 24 de agosto de 2020.**
358. **Asuntos acumulados C-608/18 P, C-609/18 P y C-767/18 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 30 de abril de 2020 – República de Chipre / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Papouis Dairies LTD, Pagkyprios orga-**

nismos ageladotrofon (POA) Dimosia Ltd, M. J. Dairies EOOD (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Nulidad de la marca invocada por el oponente – Recursos de casación que quedan sin objeto – Sobreseimiento), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.

359. Asunto T-133/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Off-White/EUIPO (OFF-WHITE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión OFF-WHITE – Denegación parcial de la solicitud de registro – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Nombre de color – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
360. Asunto T-553/19: Auto del Tribunal General de 11 de junio de 2020 – Perfect Bar/EUIPO (PERFECT BAR) [«Recurso de anulación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión PERFECT BAR – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por parte del Tribunal General – Artículo 72, apartado 6, del Reglamento 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
361. Asunto T-420/20: Recurso interpuesto el 7 de julio de 2020 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Huawei Technologies (GT8), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
362. Asunto T-421/20: Recurso interpuesto el 7 de julio de 2020 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Huawei Technologies (GT3), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
363. Asunto T-422/20: Recurso interpuesto el 7 de julio de 2020 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Huawei Technologies (GT5), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
364. Asunto T-423/20: Recurso interpuesto el 7 de julio de 2020 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Huawei Technologies (GT9), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
365. Asunto T-434/20: Recurso interpuesto el 9 de julio de 2020 – Włodarczyk/EUIPO – Ave Investment (dziandruk), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
366. Asunto T-458/20: Recurso interpuesto el 17 de julio de 2020 – SBG/EUIPO – VF International (GEØGRAPHICAL NØRWAY), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
367. Asunto T-459/20: Recurso interpuesto el 17 de julio de 2020 – SBG/EUIPO – VF International (GEOGRAPHICAL NORWAY EXPEDITION), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.

368. Asunto T-460/20: Recurso interpuesto el 17 de julio de 2020 – SBG/EUIPO – VF International (Geographical Norway), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
369. Asunto T-461/20: Recurso interpuesto el 17 de julio de 2020 – SBG/EUIPO – VF International (GEOGRAPHICAL NORWAY), DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.
370. Asunto C-714/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de julio de 2020 – ACTC GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Taiga AB [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Solicitud de registro de la marca denominativa de la Unión «tigha» – Oposición formulada por el titular de la marca anterior de la Unión «TAIGA» – Denegación parcial de la solicitud de registro – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Apreciación del riesgo de confusión – Apreciación de la similitud de los signos en conflicto desde el punto de vista conceptual – Artículo 42, apartado 2 – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Prueba del uso «para una parte de los productos o de los servicios» – Determinación de una subcategoría independiente de productos], DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.
371. Asunto T-455/20: Recurso interpuesto el 14 de julio de 2020 – Roxtec/EUIPO – Wallmax (Representación de círculos negros encima de un cuadrado naranja), DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.
372. Asunto T-467/20: Recurso interpuesto el 22 de julio de 2020 – Industria de Diseño Textil/EUIPO – Ffauf Italia (ZARA), DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.
373. Asunto T-468/20: Recurso interpuesto el 24 de julio de 2020 – LB/ Parlamento, DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.
374. Asunto T-478/20: Recurso interpuesto el 28 de julio de 2020 – Bigben Connected/EUIPO – Forsee Power (FORCE POWER), DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.
375. Asunto T-481/20: Recurso interpuesto el 31 de julio de 2020 – Magnetec/EUIPO (CoolTUBE), DOUE, C, núm. 304, de 14 de septiembre de 2020.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

376. Asunto C-753/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen – Suecia) – Föreningen Svenska Ton-sättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim), Svenska artisters och musikers intresseorganisation ek. för. (SAMI) / Fleetmanager Sweden AB, Nordisk Biluthyrning AB (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE –

Artículo 3, apartado 1 – Directiva 2006/115/CE – Artículo 8, apartado 2 – Concepto de «comunicación al público» – Empresa de arrendamiento de vehículos provistos cada uno de una radio como equipamiento estándar), DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.

- 377. Asunto C-833/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de junio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de l'entreprise de Liège – Bélgica) – SI, Brompton Bicycle Ltd / Chedech/Get2Get (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículos 2 a 5 – Ámbito de aplicación – Objeto utilitario – Concepto de «obra» – Protección de las obras por el derecho de autor – Requisitos – Forma de un producto necesaria para la obtención de un resultado técnico – Bicicleta plegable), DOUE, C, núm. 271, de 17 de agosto de 2020.**
- 378. Asunto C-264/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Constantin Film Verleih GmbH / YouTube LLC, Google Inc. [Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Plataforma de vídeos en Internet – Puesta en línea de una película sin la autorización del titular – Procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Artículo 8 – Derecho de información del demandante – Artículo 8, apartado 2, letra a) – Concepto de «direcciones» – Dirección de correo electrónico, dirección IP y número de teléfono – Exclusión], DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.**

PROTECCIÓN DE DATOS

- 379. Asunto C-102/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 26 de febrero de 2020 – StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH / eprimo GmbH, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.**
- 380. Asunto C-175/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Administratīvā apgabaltiesa (Letonia) el 14 de abril de 2020 – SIA SS / Valsts ieņēmumu dienests, DOUE, C, núm. 222, de 6 de julio de 2020.**
- 381. Asunto C-140/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court (Irlanda) el 25 de marzo de 2020 – G. D. / Commissioner of the Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources and Attorney General, DOUE, C, núm. 247, de 27 de julio de 2020.**
- 382. Asunto C-184/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos administracinis teismo (Lituania) el 28 de abril de 2020 – OT / Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, DOUE, C, núm. 255, de 3 de agosto de 2020.**

383. **Asunto C-272/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de julio de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden – Alemania) – VQ / Land Hessen [Procedimiento prejudicial – Artículo 267 TFUE – Concepto de «órgano jurisdiccional» – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Ámbito de aplicación – Artículo 2, apartado 2, letra a) – Concepto de «actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» – Artículo 4, punto 7 – Concepto de «responsable del tratamiento» – Comisión de peticiones del Parlamento de un Estado federado de un Estado miembro – Artículo 15 – Derecho de acceso del interesado], DOUE, C, núm. 287, de 31 de agosto de 2020.**
384. **Asunto C-311/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2020 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda) – Irlanda] – Data Protection Commissioner / Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8 y 47 – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 2, apartado 2 – Ámbito de aplicación – Transferencias de datos personales a terceros países con fines comerciales – Artículo 45 – Decisión de adecuación de la Comisión – Artículo 46 – Transferencias mediante garantías adecuadas – Artículo 58 – Facultades de las autoridades de control – Tratamiento de los datos transferidos por parte de las autoridades públicas de un tercer país con fines de seguridad nacional – Apreciación de la adecuación del nivel de protección garantizado en el país tercero – Decisión 2010/87/UE – Cláusulas tipo de protección para la transferencia de datos personales a terceros países – Garantías adecuadas ofrecidas por el responsable del tratamiento – Validez – Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 – Adecuación de la protección garantizada por el Escudo de la Privacidad Unión Europea-Estados Unidos – Validez – Reclamación de una persona física cuyos datos fueron transferidos de la Unión Europea a Estados Unidos], DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.**
385. **Asunto C-245/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el rechtbank Midden-Nederland (Países Bajos) el 29 de mayo de 2020 – X, Z / Autoriteit Persoonsgegevens, DOUE, C, núm. 297, de 7 de septiembre de 2020.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

386. **Asunto C-880/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf (Alemania) el 3 de diciembre de 2019 – VZ y otros / Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 87, de 16 de marzo de 2020.**

- 387. Asunto C-25/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de febrero de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Poznaniu – Polonia) – Corporis sp. Z o.o. / Gefion Insurance A/S [Procedimiento prejudicial – Directiva 2009/138/CE – Representación de una empresa de seguros distintos del seguro de vida – Representante domiciliado en territorio nacional – Notificación o traslado de los actos – Recepción del escrito de interposición – Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Inaplicabilidad], DOUE, C, núm. 137, de 27 de abril de 2020.**
- 388. Asunto C-65/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 7 de febrero de 2020 – VI / KRONE – Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, DOUE, C, núm. 209, de 22 de junio de 2020.**
- 389. Asunto C-20/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de abril de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien – Austria) – kunsthaus muerz gmbh / Zürich Versicherungs AG (Procedimiento prejudicial – Libre prestación de servicios – Seguro directo de vida – Directiva 2002/83/CE – Artículos 35 y 36 – Derecho y plazo de renuncia – Información incorrecta sobre las modalidades de ejercicio del derecho de renuncia – Requisitos formales de la declaración de renuncia – Extinción del derecho de renuncia – Pertinencia de la condición de «consumidor» del tomador del seguro), DOUE, C, núm. 230, de 13 de julio de 2020.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

KÄMPER, Lukas: *Forderungsbegriff und Zession*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2019, 272 + xxi pp.

El libro, tesis doctoral de su autor, es un perfecto ejemplo de cómo la doctrina alemana sigue formando a sus mejores «cachorros»: a base de temas de profunda carga dogmática, con un fuerte tratamiento histórico y amplia perspectiva de Derecho comparado. En el caso concreto de la obra objeto de recensión, se trata de un trabajo que aborda desde esas bases metodológicas dos aspectos particulares de la cesión de créditos: la necesidad de la notificación para operar su eficacia frente al deudor y la virtualidad del pacto excluyente de la cedibilidad del crédito (el llamado *pactum de non cedendo*).

La obra se estructura en tres capítulos claramente diferenciados, y que van realizando un estudio paralelo del derecho francés y alemán: uno primero dedicado al concepto de crédito y a su cedibilidad; otro segundo referido a la necesidad y eficacia de la notificación de la cesión del crédito al deudor; y otro tercero, tal vez el más interesante por la trascendencia de su tema, referido a la eficacia de los pactos excluyentes de la cesión.

El primer capítulo, más introductorio como se ha dicho, pero para nada superficial, parte del Derecho romano y su progresiva evolución hacia un sistema de cesión de crédito mediante la *procuratio in rem suam*. Se expone luego cómo esa evolución no fue percibida como tal en los autores medievales, y cómo su consideración sincrónica del derecho romano les impidió ver la evolución que en él había hacia un concepto más patrimonialista del crédito y, por tanto, favorable a su cedibilidad: se analizan los puntos esenciales del pensamiento medieval al hilo de sus autores y el surgimiento de la regla *nomina ossibus inhaerent* (llamando la atención la facilidad del autor para moverse en las fuentes medievales). Y se recoge luego la evolución moderna, que partiendo precisamente de los autores de la escolástica española –siempre más valorados por la doctrina extranjera que por nosotros mismos–, y continuando por los autores del Derecho natural racionalista, da un paso hacia la patrimonialización del crédito y su cedibilidad, solución que es la adoptada por el Código Napoleón, que opta por regular la cesión del crédito como un tipo especial de venta por razón de su objeto.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

Sin embargo, esa evolución hacía la mercantilización del crédito se ve detenida, como en tantos otros campos, por la reacción que supuso Savigny y la escuela histórica. La concepción despatrimonializada del crédito de Savigny, que retorna hacía su conceptualización como vínculo jurídico, arrastra como consecuencia un tanto irreflexivamente asumida que éste resulte increíble (así, Mühlenbruch y sus continuadores); sólo la reelaboración de Windscheid, aun asumiendo el concepto de obligación como vínculo personal entre acreedor y deudor, permite «reconstruir» la cesión del crédito como negocio en el cual el cesionario se sitúa en la posición del antiguo acreedor sin variar en nada el vínculo que éste tenía con el deudor. Haciendo ver, por tanto, que no es necesario la «cosificación» del crédito para justificar su cedibilidad, pues también desde perspectivas del crédito eminentemente personalistas es perfectamente posible construir la cesión de créditos. Solución ésta que a la postre es la aceptada por el BGB en los §§ 398 y siguientes.

El segundo capítulo tiene quizá menos interés para el lector español, pero muestra el buen hacer del autor. Analiza con todo detalle el proceso que condujo a que el Derecho francés recogiese en su Código civil de 1804 la exigencia de notificación (*signification*) al deudor para que la cesión de créditos tuviese eficacia frente a tercero ajeno al negocio transmisivo, incluido el propio deudor. Significativo es que ese requisito, heredado probablemente del de la entrega para la donación, y asumido como elemento constitutivo de la cesión de créditos en la redacción de las *Coutumes de la Prévosté et Vicomté de Paris* en su versión de 1580, viniese a representar el elemento de toma de posesión del adquirente que se exigía en el sistema de título y modo para toda transmisión de un bien, y aquí también para el crédito; y que, sin embargo, la ciencia jurídica francesa no tuviese en cuenta que su evolución hacía un sistema transmisivo consensual privaba de sentido a esa *signification* de contenido cuasitraditorio. Con lo cual el requisito devino incongruente, y el supuestamente ágil sistema transmisivo francés, cercenado de su agilidad precisamente en un ámbito, como el mercado de créditos, donde el elemento de publicidad de la transmisión resultaba más innecesario.

Por eso el autor completa el capítulo exponiendo el largo camino que ha conducido a que el legislador francés, en su modernización del Derecho de obligaciones de 2016, haya prescindido de ese requisito en la nueva regulación que de la cesión de créditos ha hecho. Así como traza luego en paralelo el debate que se produjo entre los juristas alemanes del XIX sobre la exigencia de notificación de la cesión al deudor para su eficacia, y como a la postre se impuso en el BGB el criterio defendido por Otto Bähr, quien sostenía que la notificación era innecesaria para la transmisión del crédito, pues su posible utilidad como medio de protección del deudor viene suplida por la regla que ampara a éste cuando, desconociendo la cesión, realiza la prestación liberatoria al acreedor cedente. Sin que falte la oportuna precisión por el autor de que esta decisión del legislador alemán de prescindir de la notificación como requisito para la cesión no resultó incongruente con el mantenimiento de un sistema transmisivo traditorio, precisamente porque el crédito no es una cosa para el BGB, pero sí con la exigencia que el § 1280 imponía y sigue imponiendo de notificar al deudor la pignoración de créditos.

El tercer capítulo es quizá el de más interés para el lector español, pues aborda una cuestión que es objeto de debate en nuestra doctrina, la eficacia del pacto de incedibilidad del crédito o *pactum de non cedendo*. Por lo que se refiere al Derecho alemán, el autor parte de los autores del *usus modernus*, para centrarse en la pandectística y en concreto en la elaboración de Sintenis

y Windscheid, que determinaron que la doctrina alemana entendiéndose que un crédito con un pacto *de non cedendo* es un objeto estructuralmente intransmisible, por haber nacido precisamente con ese carácter. Eso acabó fraguando en que el § 399 BGB considerase radicalmente nulo la cesión de ese crédito considerado objetivamente incedible. Kämper, siempre especialmente atento para poner de manifiesto las contradicciones internas de los sistemas e instituciones que estudia, subraya que esto choca en buena parte con la regla del § 137 BGB, que declara la ineficacia real de las prohibiciones de disponer convencionales –por más que la doctrina alemana salve la contradicción explicando que éstas operan sobre bienes de suyo transmisibles, mientras que los créditos sometidos a un pacto *de non cedendo* se tornan ellos mismos personalísimos e intransmisibles–. Continúa luego el desarrollo exponiendo las voces que han intentado relativizar la norma del § 399, contemplándola como una regla meramente interpretativa de la voluntad de las partes, y admitiendo por tanto que el efecto de la contravención del pacto no sea la nulidad absoluta del negocio, sino su carencia de efectos frente al deudor. Al hilo de esta discusión expone el autor la superación de la norma en el Código de comercio alemán, que fue reformado en 1994 para establecer en su nuevo § 354a que el pacto *de non cedendo* sólo provoca la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido. Para manifestar luego que ni siquiera esa eficacia relativa frente al deudor le parece la más adecuada: en su opinión, la solución más apropiada es la que acoge el Art. 9.1.9 de los Principios Unidroit de contratos comerciales internacionales al establecer que para las obligaciones monetarias, particularmente aptas para la cesión, se prive de toda eficacia frente a tercero al pacto *de non cedendo*, que sólo daría entonces lugar a un deber de indemnizar por parte del obligado que lo incumplió; mientras que para las obligaciones no monetarias se mantenga la ineficacia de la cesión que infringe el pacto si el cesionario lo conoció o pudo conocer su existencia.

El capítulo se completa con una extensa segunda parte en que se aborda la eficacia de la *clause d'incessibilité* del Derecho francés, que apenas fue objeto de tratamiento en los siglos XIX y XX, pero que ha dado lugar a una relativamente amplia discusión doctrinal y jurisprudencial en los últimos años. El resultado ha sido un tanto discordante, pues si en el ámbito mercantil el legislador le ha privado a la cláusula de toda virtualidad, la reforma del *Code civil* de 2016 la acepta en cambio en el artículo 1321, concediéndole eficacia real e imponiendo la ineficacia absoluta del negocio que la infringe. Lo cual, en un sistema jurídico como el francés, donde el crédito es considerado un bien, resulta particularmente incongruente con la falta de eficacia que ese mismo sistema predica de las prohibiciones de disponer convencionales.

Hasta aquí el libro, que concluye con una cuidada lista de conclusiones. De él se pueden sacar muchas enseñanzas y temas para el debate. Como he dicho, la calidad del conjunto de la obra es más que notable, por más que no falten aspectos en que hubiese sido de agradecer un tratamiento más exhaustivo, como sucede con las perspectivas de Derecho romano sobre la cesión de créditos y el pacto *de non cedendo* –el propio autor reconoce que éste último requeriría de un estudio monográfico particular–. Pero en conjunto la monografía es de mucha calidad, y el tratamiento de los temas pulcro tanto en lo histórico como en lo dogmático.

He señalado ya al comienzo de la recensión que la sistemática del libro es la propia de un estudio realizado en perspectiva histórico-comparada: y es obvio que responde así al método propuesto hace años por Reinhard Zim-

mermann. Conviene quizá añadir que no es en ese sentido casualidad que el director de la tesis que dio lugar a la publicación sea Nils Jansen, uno de los discípulos de primera hora de Zimmermann, y el trabajo se encuadre perfectamente en el arquetipo de su escuela.

Un último apunte. Pese a ser un trabajo de Derecho alemán y francés, el libro resulta de mucho interés para el lector español, pues ofrece numerosos puntos de comparación para calibrar las soluciones de nuestro Código. Y no está de más decirlo, éste sale elegantemente airoso del envite. Como tantas otras veces, los autores de nuestro Código supieron distanciarse suficientemente del modelo francés, evitando aquí incurrir en la necesidad de notificación para la cesión del crédito, y estableciendo en cambio en el artículo 1527 una norma de protección del deudor que cumple de buena fe frente al cedente. Y, del mismo modo, sin excesivos prejuicios dogmáticos, dejaron silenciada la cuestión del pacto *de non cedendo*, que hoy a mi juicio puede resolverse bien en línea con la solución prevista por la Ley hipotecaria para las prohibiciones de disponer, tan cercanamente emparentadas con él. Con lo cual vuelve a observarse que el Código civil español, con frecuencia tan criticado entre nosotros, tuvo muchos más aciertos de los que sus puntillosos críticos le achacan. No está de más recordarlo cuando soplan entre nuestros civilistas tantos vientos de cambio, pues no sería de extrañar que el propuesto alumbramiento de un nuevo Código civil acabe engendrando una criatura de mucho menor calidad que la existente.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

MACÍA MORILLO, Andrea: *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*, Reus, 2018, 447 pp.

En la monografía que se presenta, Andrea Macía Morillo se enfrenta a una cuestión, la responsabilidad médico-sanitaria derivada de los falsos negativos en el ámbito del diagnóstico preimplantacional, que no le resulta en absoluto desconocida, pues anteriormente ya se encargó de analizar las controvertidas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en las que la negligencia médica se pone de manifiesto en un momento posterior de la reproducción humana, esto es, durante la realización del diagnóstico prenatal. De hecho, a lo largo de la obra la autora demuestra las grandes similitudes entre el escenario preimplantacional del que parte el presente estudio y el que ha servido tradicionalmente de base a las mencionadas acciones, lo que permite trasladar algunas de las soluciones aplicadas en aquel ámbito, al contexto específico del diagnóstico preimplantacional.

La elección del tema de estudio me parece sin duda valiente, pues a los variados y complejos interrogantes jurídicos que suscita la materia, hay que sumar las implicaciones éticas, morales y/o religiosas vinculadas a esta práctica, lo que complica aún más su análisis. A fin de cuentas, como reconoce la autora, este diagnóstico encubre cierta eugenesia, pues permite seleccionar uno o varios de entre los preembriones fecundados y descartar aquellos viables pero con ciertos rasgos o afectados por una enfermedad, que no serán implantados en el seno materno. En cualquier caso, Andrea Macía Morillo

aborda esta problemática desde un enfoque estrictamente jurídico, dejando de lado el debate ético y moral que subyace a la práctica de este diagnóstico.

Los avances técnicos experimentados en el campo de la medicina reproductiva han provocado la consolidación y extensión de estas prácticas, allí donde existen condiciones técnicas suficientes (en la mayoría de los países de nuestro entorno sociocultural). Ello está generando problemas jurídicos que no pueden ser ignorados. El reconocimiento y admisión legal de este diagnóstico –efectuado sobre embriones generados *in vitro* de forma previa a la implantación en el seno materno– ha supuesto la apertura de una nueva fuente de responsabilidad civil para los diferentes profesionales sanitarios que intervienen en cualquiera de las fases de la ejecución, interpretación o comunicación del diagnóstico genético preimplantacional. La hipótesis específica de la que parte la autora es la errónea realización o emisión del diagnóstico sobre el estado en el que se encuentran los preembriones antes de ser fecundados, lo que provocará un déficit de información en los usuarios de las técnicas de reproducción asistida.

A partir de aquí, las decisiones que aquellos adopten tomando como base tal información pueden conducir a un resultado indeseado, ya sea por el nacimiento de un niño afectado por aquella enfermedad o defecto que se buscó excluir por medio de este diagnóstico, pues se produjo la implantación bajo la errónea creencia de que los preembriones seleccionados no estaban afectados por los mismos (falsos negativos), o porque se evite la implantación bajo la errónea creencia de que los preembriones examinados estaban afectados por la enfermedad o defecto que se pretendía evitar (falsos positivos). Cada uno de los escenarios descritos plantea una problemática específica y muy diferente; de ahí que la obra se centre en analizar solo el grupo de casos más conflictivo, el de los falsos negativos en el diagnóstico genético preimplantacional, para evitar extender o dispersar excesivamente el objeto de estudio. Aun así, la monografía alcanza una extensión de casi 450 páginas, pues la autora, guiada probablemente por un propósito de exhaustividad, desarrolla cuestiones de teoría general o explica casos o asuntos conexos, que a veces llegan a distraer del que es su objetivo principal: precisar en qué casos o bajo qué condiciones los potenciales damnificados por un falso negativo en un diagnóstico genético preimplantacional podrán reclamar una indemnización de daños y perjuicios frente a los profesionales sanitarios intervinientes.

La responsabilidad civil que puede llegar a generarse en este ámbito no es objeto de regulación específica por nuestro legislador, que tan solo se refiere indirectamente a la misma en el artículo 18.2 LTRHA. A este panorama de falta de respuesta legislativa hay que añadir la insuficiencia de las reglas tradicionales de la responsabilidad civil para dar respuesta a las complejas cuestiones que plantea este supuesto, cuya incidencia práctica, aún escasa, es previsible que se incremente en un futuro próximo. La novedad de la materia y la baja litigiosidad que, de momento, ha generado esta cuestión, explican que se trate de una temática exiguamente analizada por nuestra doctrina, lo que convierte a este pionero estudio en una obra de referencia en la materia. Ante la insuficiencia de estudios nacionales al respecto –desde luego, ninguno de la amplitud y exhaustividad de la obra que se presenta–, la autora recurre a la doctrina comparada, destacando el abundante material bibliográfico en lengua extranjera utilizado por la misma.

La estructura de la monografía puede ser catalogada como clásica. Así, tras una primera parte introductoria en la que la autora acota el objeto de estudio, aclara una serie de cuestiones terminológicas necesarias por la alta

tecnicidad de este ámbito de la medicina (capítulos primero y segundo) y examina y valora la normativa española vigente sobre este tipo de diagnóstico (capítulo tercero), en la segunda parte de la obra –la médula espinal del trabajo y la parte más personal de la autora– pasa a constatar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil en los supuestos de falso negativo respecto a los distintos profesionales sanitarios que intervienen en la práctica del diagnóstico genético preimplantacional en el marco de la medicina privada. En concreto, siguiendo el esquema doctrinal clásico de la responsabilidad civil, la autora comprueba si concurre un comportamiento culpable (capítulo segundo), un daño jurídicamente indemnizable (capítulo tercero) y un enlace causal fáctico y jurídico entre uno y otro (capítulo cuarto).

Los requisitos enumerados son compartidos tanto por la responsabilidad civil contractual, como por la extracontractual. Aunque sin profundizar deliberadamente sobre la cuestión, la autora reconoce que la mayoría de reclamaciones en este ámbito contra los profesionales sanitarios se desenvolverán en el ámbito contractual, pero no descarta la viabilidad del artículo 1902 CC. Ello tal vez se deba a que la doctrina mayoritaria –también la autora– sitúa en el campo de la responsabilidad extracontractual las reclamaciones derivadas de relaciones triangulares como las que nos ocupa –pues lo habitual será que los usuarios celebren el contrato con la clínica o centro sanitario y no directamente con el profesional–. Sin embargo, a mi juicio, en estos casos no se produce una mera vulneración del *neminem laedere*, pues, pese a la inexistencia de vinculación contractual directa entre el usuario y el profesional, surge una relación obligatoria muy semejante a la contractual, que justifica la aplicación preferente a estos supuestos de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual.

Apunta la autora que, de todos los elementos de la responsabilidad, el que suscita menor controversia jurídica es el de la imputación subjetiva, esto es, la determinación de si media culpa o negligencia del profesional. En este sector, la constatación de su concurrencia obligará a averiguar si el profesional sanitario desarrolló o no un comportamiento propio de un profesional medio de su especialidad. Debido a las indiscutibles limitaciones en la ciencia y en la técnica en esta materia, la autora concluye que los profesionales sanitarios no responderán cuando el error o falso negativo sea excusable, esto es, cuando el diagnóstico correcto no resultara posible de acuerdo con el estado de la ciencia y de desarrollo de la técnica existente en el momento en que se realizó y emitió, siempre, eso sí, que los usuarios de técnicas de reproducción asistida hubieran sido informados adecuadamente sobre la existencia de estos límites, para de esta forma poder asumir el riesgo derivado de los mismos y emitir el preceptivo consentimiento informado. Es más, en mi opinión, cuando no se informe a los usuarios sobre los límites del diagnóstico, implícitamente se estará generando una expectativa en la otra parte respecto al resultado de la técnica (la errónea creencia de que no existe margen de error), por lo que, si finalmente se produjera un resultado insatisfactorio, el incumplimiento del deber de información (de vital importancia en este contexto) provocará una alteración en la originaria asignación de riesgos de la obligación de medios y, en consecuencia, el traslado de los riesgos sobre la consecución del resultado al profesional sanitario.

El incesante avance tecnológico en este campo obligará a revisar y actualizar continuamente el parámetro de la *lex artis ad hoc*, para determinar cuál es el comportamiento exigible al profesional médico-sanitario en cada momento. Pese a su dificultad, la autora hace un encomiable esfuerzo por

identificar este parámetro en cada una de las fases clave del diagnóstico genético preimplantacional. Así, durante la fase de consejo de sometimiento a este diagnóstico, la autora propone que el criterio para valorar la diligencia o negligencia del profesional sea la posibilidad médica de indagar y detectar indicios de riesgo en la usuaria o pareja usuaria de las técnicas de reproducción asistida de una de las enfermedades que actualmente pueden detectarse mediante el diagnóstico preimplantacional, que impusieran al profesional la obligación de aconsejar su práctica y que, además, en ese caso concreto, el diagnóstico resultara lícito, técnicamente viable y de fiabilidad elevada. De concurrir estas circunstancias, la omisión de una recomendación en tal sentido provocará que los sujetos reciban una información incompleta que, a su vez, será tomada como base para adoptar una decisión no libre ni consciente de procrear. Sin embargo, coincido con Andrea Macía Morillo en que esta oportunidad perdida de someterse a un consejo genético no encaja en el molde de la teoría de la pérdida de chance, por faltar los requisitos señalados doctrinalmente para ello. Además, el profesional no será responsable cuando el paciente incumpla la carga de colaboración que le compete por silenciar deliberadamente datos que determinarían su inclusión dentro de un grupo de riesgo para la práctica de este diagnóstico.

Por lo que respecta a la fase de la práctica del diagnóstico en sí –la valoración e interpretación de los resultados– la determinación del criterio de imputación subjetiva exigirá averiguar que la técnica elegida es la adecuada para identificar el tipo de enfermedad o dolencia que se pretendía detectar y que la misma ha sido correctamente aplicada. La diligencia del profesional exigirá otra vez comprobar que no existen nuevos avances médicos que hayan convertido en obsoleta la técnica seleccionada y utilizada.

Por último, en cuanto a la fase de comunicación de los resultados, la autora afirma que la información al usuario de estas técnicas no ha de limitarse a indicar si los preembiones analizados padecen algunas de las afecciones buscadas, sino que ha de extenderse a descubrimientos accesorios al diagnóstico proyectado; esto es, ha de informarse igualmente de todas aquellas circunstancias o enfermedades descubiertas diferentes de las específicamente investigadas.

Siguiendo con el análisis de los elementos de la responsabilidad, para resolver el delicado problema de la determinación del daño jurídicamente indemnizable –uno de los elementos más discutidos doctrinalmente– producido durante la práctica del diagnóstico preimplantacional o en la comunicación de sus resultados, Andrea Macía Morillo identifica primero los potenciales sujetos damnificados en estos casos, para pasar a enumerar después en cada uno de ellos los escenarios concretos en que se puede producir un error en el diagnóstico desencadenante de responsabilidad civil.

Coincido con la autora en que, tratándose de la usuaria de estas técnicas (y su pareja heterosexual), cuando concurra error en el diagnóstico siempre deberá ser considerado daño indemnizable el consistente en la lesión de su libertad de procreación, debido a que la privación de información les ha impedido adoptar una decisión informada sobre la concepción. Este daño, difícil de cuantificar, concurrirá sea cual sea el tipo de diagnóstico genético preimplantacional en el que se haya producido el comportamiento negligente imputable al profesional sanitario y con independencia de cuál sea el curso posterior de los acontecimientos. Situándonos en el contexto del falso negativo, según la autora, la usuaria puede experimentar otros daños, acumulables al ya señalado, en caso de que el embarazo se lleve a término: el daño moral

indirecto o de rebote derivado de la contemplación de la condición enferma del niño, así como todos los gastos patrimoniales derivados del nacimiento del niño. En este punto discrepo, ya que considero que el daño patrimonial no debería sobrepasar el gasto extraordinario o especial que implica el nacimiento en condición enferma, pues cuando los usuarios se someten a las técnicas de reproducción asistida ya asumen el coste de criar un niño. Por ello, a diferencia de la autora, considero que en los supuestos de diagnóstico preimplantacional negativo extensivo, si nace un niño sano pero que no resulte HLA-compatible con su hermano como se pretendía, no podrá solicitarse la indemnización del daño moral de rebote ni el patrimonial, pues otra solución supondría cierta cosificación del ser humano.

En contra de la posibilidad de que el reclamante sea el propio niño –que soliciten en su nombre una indemnización por haber nacido en esas condiciones de enfermedad o discapacidad–, la mayoría de la doctrina ha opuesto que, en tales circunstancias, el daño cuya indemnización se solicita es la vida –pues la alternativa a ser concebido y nacer con un defecto genético es que no hubiera sido concebido en absoluto–, lo que constituye un obstáculo insalvable para la admisión del citado daño en nuestro Ordenamiento. Frente a tal argumento, la profesora Andrea Macía Morillo contrapone la controvertida idea –probablemente la más polémica de la monografía– de que, sin negar que la vida constituye un valor supremo en nuestro Ordenamiento, el derecho a la vida no es un bien jurídico absoluto, como lo demuestra la admisión de ciertas excepciones en casos puntuales (*v. gr.*, legítima defensa, estado de necesidad, despenalización del aborto). Tal argumento, que ya utilizó en su análisis de las acciones de *wongful life*, probablemente tenga en el contexto del diagnóstico genético preimplantacional menor carga ética que en el diagnóstico prenatal. De todas formas, más tarde se comprueba –en el capítulo dedicado al análisis de la relación de causalidad–, que la autora también descarta la viabilidad de este tipo de acciones, por faltar uno de los presupuestos imprescindibles de la responsabilidad civil: la imputación objetiva.

Respecto a los sujetos legitimados activamente, destaca el brillante análisis sobre la posible legitimación activa del tercero que potencialmente se podría beneficiar por la selección embrionaria basada en criterios de histocompatibilidad, espinosa cuestión que no ha sido analizada por ningún estudio hasta la presente obra. Cuando la selección embrionaria sea realizada con la finalidad de gestar y dar a luz un niño que resulte HLA-compatible con un hermano mayor, tratando de curar de esta forma una enfermedad que este padece (en el caso de los coloquialmente conocidos como «bebés medicamento»), un error en el diagnóstico en relación con la presencia en el preembrión seleccionado de las características de histocompatibilidad buscadas podría dar lugar a una reclamación de responsabilidad por parte de aquel que perdió la posibilidad de curación. No obstante, la autora descarta con acierto que resulte aplicable en el ámbito de los falsos negativos la cuestionable teoría de la pérdida de la oportunidad (de curación). A lo sumo, este tercero podrá reclamar el daño moral derivado de la sensación de frustración de sus expectativas de curación producido por el descubrimiento de la información errónea.

Concluye la monografía con el siempre complejo análisis de la relación de causalidad, al que la autora dedica una atención especial, contemplando tanto su perspectiva fáctica como la jurídica. Sólo tras el estudio de este elemento de la responsabilidad civil se podrá ofrecer una respuesta definitiva sobre la admisión o rechazo de las concretas acciones de responsabilidad

civil que *a priori* pueden resultar viables en el contexto del diagnóstico preimplantacional. Así, tras constatar el enlace causal –causalidad material o fáctica– entre el comportamiento negligente del profesional sanitario y los potenciales daños anteriormente señalados, la autora termina descartando la indemnización de la mayoría de ellos por no resultar imputables objetivamente al profesional sanitario debido a la concurrencia de los criterios de imputación objetiva, que permiten despejar de relevancia jurídica a causas físicas probadas previamente.

En primer lugar, la autora aplica el criterio de la asunción del riesgo para negar la imputación objetiva al profesional sanitario de los daños posteriores al nacimiento, entre otros, en aquellos casos en que la gestante decidió libremente llevar a término su embarazo tras haber constatado error en el diagnóstico genético preimplantacional. Al igual que Andrea Macía Morillo, considero excesiva la afirmación de que en la hipótesis anterior recae sobre la gestante el deber de mitigar el daño. En segundo lugar, la profesora utiliza el criterio de fin de protección de la norma infringida para excluir tanto la imputación objetiva al profesional del daño reclamado por el propio hijo, como la imputación de responsabilidad por los potenciales daños morales del tercero. En tercer y último lugar, recurre al criterio del incremento del riesgo para afirmar la responsabilidad del profesional respecto a los daños sufridos por la usuaria tras el error en la práctica del diagnóstico o en la comunicación de sus resultados, por resultar incontestable que, en tales hipótesis, el que la usuaria no hubiera contado con una información correcta incrementó efectivamente el riesgo de sufrir el daño consistente en la lesión o privación de su libertad de procreación. Junto a este, podrá solicitarse la indemnización del daño moral por la contemplación de la situación enferma del niño y los gastos económicos derivados de su mantenimiento.

En definitiva, pues, pese a que los supuestos potenciales de negligencia en este ámbito son muchos y bastante variados, la autora vuelve a demostrar, como ya lo hizo al analizar las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*, que la posible reclamación de daños en este contexto queda muy reducida. En concreto, solo admite la legitimación activa de la usuaria (y su marido o pareja heterosexual), descartando al resto de potenciales damnificados (el propio niño y el tercero beneficiario de diagnóstico genético preimplantacional extensivo), por la imposibilidad de constatar en estos casos la imputación objetiva del daño al comportamiento del profesional sanitario, tras la metódica, exhaustiva y rigurosa aplicación de los criterios que la excluyen.

En la presente monografía la autora propone soluciones que, sin duda, resultarán de utilidad en escenarios futuros, pues incluye y examina todas las hipótesis posibles. En esta labor, además, compagina perfectamente el rigor en la aplicación de las instituciones y conceptos jurídicos, con la precisión en la utilización de los términos, tecnicismos y procedimientos médicos, consiguiendo el difícil reto de que la obra resulte interesante y comprensible tanto para los profesionales del Derecho legos en medicina y en genética, como también para los profesionales de la medicina legos en Derecho. Por ello no es de extrañar que la obra recibiera el prestigioso Premio Nacional de Derecho Sanitario, convocado por la Asociación Española de Derecho Sanitario.

M.^a Carmen CRESPO MORA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, 3.^a edición, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 406 pp.

La liquidación de la sociedad de gananciales es una de las materias más conflictivas y litigiosas del Derecho privado. La atribución de las ganancias o beneficios a los cónyuges por partes iguales cuando finaliza el régimen obliga a determinar titularidades para poder inventariar el activo y el pasivo de la sociedad, a pagar deudas, indemnizaciones y reintegros, y a dividir y adjudicar el haber resultante. Lo cual no es tarea fácil porque implica la reconstrucción de la vida patrimonial del matrimonio durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que, en ocasiones, puede ser muy dilatada en el tiempo y/o intensa en cuanto a entradas y salidas, y además no suele estar orientada hacia su final sino a atender a las necesidades diarias de la familia, por lo que los cónyuges actúan sin tener en consideración ese horizonte y sin guardar documentación y datos. Por otra parte, cuando la liquidación trae causa de la disolución del régimen económico en vida de los cónyuges como consecuencia de una crisis matrimonial la conflictividad se incrementa puesto que la controversia personal suele proyectarse o hallar reflejo en el ámbito patrimonial. El nivel de complicación aún puede ser más elevado ante la posibilidad de que cada uno de los excónyuges contraiga nuevo matrimonio, con la consiguiente coexistencia de la sociedad disuelta y no liquidada con una nueva sociedad de gananciales o, peor aún, –dado el fácil acceso a la disolución del matrimonio desde la Ley 15/2005– con otra sociedad también disuelta y pendiente de liquidación. Por todo ello, las normas de liquidación, pensadas para un contexto más pacífico y sencillo, se revelan como insuficientes desde la Ley de 13 de mayo de 1981 y, más todavía, desde la Ley 15/2005. Quizás, en realidad, y yendo al fondo del problema, cabría cuestionarse (como ya ha hecho la doctrina –*vid.*, por ejemplo, Martínez de Aguirre–) si un régimen económico diseñado para un matrimonio estable y duradero, que justifica unas reglas pensadas para durar, es el más adecuado para el actual matrimonio configurado como una institución jurídica más frágil. A pesar de estas dudas, la realidad es que, en territorios con régimen legal de comunidad, aunque ha aumentado el número de matrimonios que optan por el régimen de separación, este es todavía minoritario y prevalece el de comunidad.

La profesora Inmaculada Vivas Tesón, desde la condición de experta que le otorga la autoría de numerosos estudios en la materia, viene a arrojar luz a la problemática liquidatoria con el exitoso libro «El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial», publicado por la editorial Bosch-Wolters Kluwer. La prueba irrefutable del éxito es que la obra va por su tercera edición –actualizada–, algo no demasiado usual en libros publicados por profesores universitarios, que, normalmente, tienen un público más reducido. La clave del interés suscitado por el libro reside, sobre todo, en su carácter eminentemente práctico, que lo ha convertido, desde que en 2013 se publicó la primera edición, en herramienta obligada para los operadores jurídicos que se enfrentan a la disolución de un régimen económico matrimonial. Aunque es también, por supuesto, de consulta ineludible para quienes se acercan a la materia desde una perspectiva más teórica o doctrinal.

La obra contiene un estudio riguroso de la liquidación tras la disolución del régimen económico de gananciales: recorre los problemas, tanto sustantivos como procesales, que suscita el reparto de bienes y deudas entre las partes y analiza las respuestas que la abundante jurisprudencia ofrece a los mis-

mos. Destaca, precisamente, el volumen de sentencias manejado, sobre todo del Tribunal Supremo y de las Audiencia Provinciales, así como el examen de buen número de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sistematizado todo en un anexo final. No menos importante es el recurso a la doctrina sobre la materia que sirve de apoyo a las soluciones planteadas. De especial utilidad para centrar las cuestiones básicas y resaltar las conclusiones es la inserción de cuadros-resúmenes y esquemas procesales al final de los apartados más destacados o complejos. En la misma línea, se incluye al final del libro un práctico prontuario de 50 preguntas –muy bien escogidas– respondidas de forma precisa y de rápida consulta que facilita el acceso a las cuestiones más importantes y controvertidas y que es de particular interés para los profesionales.

Comienza con un capítulo dedicado a la extinción del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. La autora advierte que para poder liquidar una masa común generada a lo largo del matrimonio este debe regirse por un régimen económico de tipo comunitario y que, dada la imposibilidad de analizar con detenimiento todos los regímenes de este tipo que existen en España, la obra se centra en la sociedad de gananciales regulada en el Código civil. Presenta la previa disolución de la sociedad como punto de partida o presupuesto indispensable para su liquidación, sin que se admitan pactos dirigidos a liquidar sin disolver. Lo que sí se admite –aclara– son los acuerdos liquidatorios en previsión de una futura disolución *inter vivos* de la sociedad. Disolución y liquidación pueden tener lugar en un mismo acto o no. Puesto que no existe un plazo legal para que, disuelta la sociedad, se practiquen las operaciones liquidatorias, el tiempo que transcurre entre ambas puede prologarse *sine die*. En ese ínterin surge la llamada «comunidad postganancial» a la que se dedica una parte importante del capítulo. Se estudia su naturaleza y el régimen aplicable, presentándola como una comunidad especial o *sui generis* equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada bien sino sobre la totalidad del patrimonio. Se analiza a lo largo de buen número de páginas la compleja situación que puede darse en la práctica por la concurrencia de la comunidad postganancial con las comunidades hereditarias de los dos cónyuges en caso de que se disuelva la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges sin que se lleve a cabo su liquidación hasta la muerte del supérstite; complejidad que se acentúa si el viudo había contraído nuevo matrimonio regido también por el régimen de gananciales. Y se da respuesta a otras cuestiones como el régimen de los beneficios y gastos durante la comunidad postganancial, la posibilidad de realizar detracciones necesarias para el sustento o la determinación del objeto de la traba en caso de embargo ante la inaplicación del art. 1373 Cc.

En el segundo capítulo se estudian minuciosamente los modos de liquidar la sociedad de gananciales. Se aborda primero la liquidación voluntaria, que puede ser practicada por los cónyuges, por otros cotitulares de la comunidad postganancial (cónyuge viudo y herederos del difunto) o por un tercero al se encomiende la tarea. Se dedica especial atención a la liquidación hecha por los cónyuges dado que los cauces y posibilidades son variados: van desde la escritura de capitulaciones que sustituye el régimen de gananciales hasta el acuerdo en un procedimiento matrimonial contencioso, pasando, naturalmente, por el convenio regulador en un procedimiento de mutuo acuerdo, por la escritura de separación o divorcio ante Notario o, incluso, por un acuerdo transaccional anterior o posterior al procedimiento de mutuo acuerdo. Los

acuerdos, como se advierte en el libro, aun cuando no estén ratificados judicialmente ni estén otorgados en escritura pública –que no es requisito de forma–, tienen carácter vinculante, aunque es posible su posterior impugnación para eludir su cumplimiento por tres vías de las que se exponen ejemplos en la jurisprudencia: la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, la acción de nulidad por falta de consentimiento y la acción de rescisión por lesión. No se dejan cabos sueltos y se estudian además cuestiones como la admisión por la jurisprudencia del pacto de indivisión del patrimonio postganancial durante un plazo máximo de diez años, la posibilidad de adición –convencional o judicial– en caso de que tras la liquidación pactada por los cónyuges se detecte omisión de bienes o derechos y lo relativo a la inscripción registral del acuerdo.

La segunda parte del capítulo se ocupa extensamente de la liquidación judicial en defecto de acuerdo. Comienza con un estudio del ámbito de aplicación del procedimiento liquidatorio de los arts. 806 y ss de la LEC –2000– en el que, con base en la jurisprudencia, se abordan cuestiones de especial interés práctico, como la posible sustanciación por este procedimiento de la liquidación de varios bienes de titularidad compartida en casos de separación de bienes, o la inaplicación del mismo a uniones de hecho. Continúa con lo relativo al juzgado competente. El establecimiento de una regla de competencia funcional que determina el juzgado competente en función de otro proceso previo (de nulidad, separación o divorcio o de disolución del régimen económico por causa legalmente prevista) origina algunos interrogantes en los que se detiene la autora: por ejemplo, la controvertida cuestión de si los Juzgados de violencia sobre la mujer que hayan conocido del procedimiento de nulidad, separación o divorcio son o no competentes para la liquidación; o la determinación del Juzgado competente en caso de disolución no judicial de la sociedad de gananciales. Después de referirse a la legitimación y postulación, procede al análisis detallado de las fases procesales: inventario y liquidación propiamente dicha. En relación con el inventario, que tiene como objetivo la determinación del haber ganancial, se efectúa un recorrido por todas las cuestiones que puede suscitar en la práctica: momento para solicitar su formación, que puede ser posterior o coetáneo al procedimiento matrimonial, ya que no es necesario que se haya producido la disolución del régimen; tipo de comparecencia ante el Secretario Judicial y consecuencias de la incomparecencia y de los acuerdos o desacuerdos sobre las partidas; celebración de la vista, que versará sobre los aspectos del inventario que han suscitado controversia en la comparecencia; y determinación de las medidas de administración y disposición de los bienes comunes. Y en cuanto a la segunda fase, la liquidación, que está dirigida a la valoración de los bienes inventariados y al reparto y adjudicación en lotes, se estudia, también desde un punto de vista práctico: el momento para solicitarla, sobre el que existe cierta discusión, dado que la exigencia por la norma de la firmeza de la resolución de disolución del régimen plantea la duda acerca de si, siendo firme tal resolución, puede instarse la liquidación aun cuando no lo sea la sentencia de inventario por estar pendiente de recurso; el Juzgado competente; el contenido de la solicitud; la comparecencia ante el Secretario Judicial; y, si no se logra acuerdo de liquidación en la comparecencia, el nombramiento de contador y, en su caso, peritos.

El tercer capítulo está dedicado a la composición del inventario. En él la profesora Vivas Tesón lleva a cabo, de la mano de la jurisprudencia, un examen exhaustivo, minucioso y, por tanto, laborioso de las partidas del inventa-

rio, en el que es difícil que el lector no encuentre respuesta a la duda concreta que lo acerca al libro. Comienza con el activo, analizando las tres partidas que lo componen –art. 1397 Cc–: los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados y el importante actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general de las que constituyen créditos de la sociedad contra este. El grueso del estudio es el referido a la primera partida: a lo largo de un centenar de páginas proporciona herramientas para determinar qué bienes deben incluirse en la misma. Para realizar ese cribado, empieza por estudiar cuáles tienen la consideración de privativos a la luz del art. 1346 Cc, al efecto de mantenerlos al margen. Después se centra en la identificación de los que tienen carácter ganancial, para lo cual realiza un pormenorizado análisis del art. 1347 Cc. Y, por último, más allá de la regulación general de ambos tipos de bienes, se detiene en las reglas particulares de los arts. 1348 y ss., que, o bien son aplicaciones concretas de los principios generales, o bien matizaciones o desviaciones de aquellos. En este extenso estudio de la partida, destacan, entre otras muchas cosas, y solo por citar algunas a modo de botón de muestra: la exposición de la jurisprudencia que reitera que la titularidad individual o conjunta de las cuentas bancarias no determina ni influye en el carácter del saldo; la presentación del amplio abanico de concreciones del núm. 1 del art. 1347 Cc, relativo a bienes obtenidos por el trabajo o la industria, entre los que se encuentran, por ejemplo, las *stock options*; el análisis de la casuística referida a los conflictos más frecuentes en torno a la calificación de los bienes inmuebles según el momento de compra y el carácter del dinero, y el tratamiento que recibe por parte de los tribunales; el examen de sentencias que versan sobre aspectos controvertidos de prestaciones relativas a la extinción de la relación laboral o a la incapacidad laboral, así como sobre cuestiones dudosas relacionadas con actividades cuyo ejercicio está administrativamente sometido al cumplimiento de determinados requisitos, como las licencias de taxi, farmacias, estancos o administraciones de lotería; el estudio de la aplicación jurisprudencial de las reglas sobre mejoras e incrementos patrimoniales, etc, etc. Estudiado el activo, procede a abordar las tres partidas que componen el pasivo: las deudas pendientes a cargo de la sociedad, el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados o deteriorados en interés de la sociedad y el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad. Tanto las partidas del activo como las del pasivo deben ser tasadas. No existe ninguna norma específica al respecto, pero –como pone de relieve la autora– la jurisprudencia considera que la valoración ha de hacerse al tiempo de la liquidación y no de la disolución de la sociedad de gananciales, lo cual no es baladí si se tiene en cuenta que en entre un momento y otro puede transcurrir bastante tiempo. En cuanto que el tema del avalúo es puramente casuístico, se cierra el capítulo con una selección jurisprudencial relativo al mismo.

El cuarto –y último– capítulo, más breve, versa sobre el reparto del haber común. Puesto que, terminado el inventario, se deben satisfacer previamente las deudas, el capítulo comienza abordando el tema de su pago: primero las deudas gananciales frente a terceros, deteniéndose la autora en la protección de los intereses de los acreedores de la sociedad prevista por el Código civil;

y luego las indemnizaciones y reintegros debidos por la sociedad a los cónyuges. Efectuado el pago, el remanente constituye el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus herederos. Pero, en caso de disolución por fallecimiento, antes de la división hay que proceder a la detración del ajuar doméstico por el cónyuge viudo, regulada en el art. 1321 Cc, a la que se dedica especial atención en el capítulo: se estudian sus características y naturaleza, excluyéndose que se trate de una norma sucesoria y atribuyéndole la consideración de norma de puro régimen económico matrimonial (de liquidación); y se analizan con detenimiento los presupuestos que deben darse para que tenga lugar. Posteriormente, se estudia el último paso del proceso consistente en la formación de lotes y adjudicación, prestando particular atención a las reglas de atribución preferente previstas en los arts. 1406 y 1407 Cc. Para terminar, se expone la posibilidad de impugnación de la liquidación ya practicada (nulidad, anulabilidad, rescisión por lesión y adición o complemento) acompañada de una interesante selección jurisprudencial.

Lo expuesto es solo una presentación, a grandes rasgos, de la estructura y líneas generales del libro y de algunas de las cuestiones a las que dedica especial atención. Presentación que, en modo alguno, agota los temas e interrogantes analizados a lo largo de sus páginas, pero que puede resultar suficiente para que el lector calibre la dimensión y utilidad de la obra. Esta utilidad la convierte –como ya he anticipado– en obra de referencia para prácticos y también para estudiosos de la liquidación de la sociedad de gananciales. A la vista de todo ello, no es difícil imaginar que el éxito que ha precedido al libro en sus anteriores ediciones lo acompañará también en la actual.

M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

ZULOAGA, Isabel: *Reliance in the Breaking-off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective, Intersentia*, Cambridge, 2019, 256 + xxxviii pp.

I. Las partes son libres de negociar los términos de un contrato y, en aras de esa misma libertad contractual, no están obligadas a concluirlo una vez iniciados los tratos preliminares. No cabe duda de que pueden amigablemente desistir de continuar la negociación, pero esta tampoco puede romperse unilateralmente sin que, a veces, eso deje de acarrear consecuencias jurídicas para quien decide dejar de negociar. Cuándo o con qué fundamento se impone esa responsabilidad es lo que Isabel Zuloaga explora en este libro, en clave de Derecho comparado, y en el contexto del Derecho privado entre iguales. Es decir que, además de explicar con qué bases teóricas y prácticas operan cada uno de los cuatro sistemas que analiza, en Alemania, Francia, Chile, e Inglaterra y Gales, luego trata de ver si existe y, en caso afirmativo, cuál es, la base que los acomuna. Por lo demás, si hubiera lugar a responsabilidad por ruptura de negociaciones, la indemnización equivaldría al interés negativo: e.g. gastos de transporte, comunicaciones, preparación de documentos, o prestación de servicios. Es decir, la que trata de dejar al contratante en el lugar en que estaría si no hubiera confiado en la conclusión del con-

trato. La autora menciona, pero apenas discute, si debería generalizarse la indemnización de la pérdida de la posibilidad de realizar otros contratos, como sucede en algunos países y ahora prevé el art. 522-1.3 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

II. La ruptura de las negociaciones es solo una de entre las varias hipótesis encuadrables en la institución, más amplia, de la responsabilidad precontractual. Zuloaga se centra en ese supuesto y, para no conformarse con soluciones muy evidentes, deja de lado la eventualidad de que una de las partes actúe de mala fe, esto es, con una clara intención de no contratar. ¿Qué justifica, pues, una indemnización en otro caso, siempre que esta no haya sido ya previamente excluida por las partes? El problema está bien planteado y el libro recorre con profusión de detalle las soluciones que proporcionan los ordenamientos jurídicos que analiza. Adelantemos ya que la obra constituye la tesis oxoniense de la autora y que su fin es incorporar el *common law* inglés al club de otros ordenamientos que, a diferencia de este último, sí que dan respuesta a aquella pregunta. La autora elige el sistema alemán y el francés por ser los principales modelos de imitación en Europa y en el mundo y porque, además, representan tradiciones jurídicas distintas; el Derecho chileno, por haber recibido la influencia de ambos y porque es vigente en la sociedad de la que procede la autora; y el *common law* inglés, que es el ordenamiento de la audiencia principal destinataria del libro y, por consiguiente, el que merece las propuestas de lo que a Zuloaga le parece más deseable. La autora estudia en menor medida la regulación que de esta materia ofrecen diversos instrumentos de *soft law* de armonización del Derecho contractual europeo, que la incluyen entre sus principios (de Derecho *contractual*), a pesar de que la caracterización de ese tipo de responsabilidad es generalmente extracontractual.

III. El planteamiento de Zuloaga exige la nada desdeñable tarea de reelaborar el discurso que tradicionalmente se ha hecho servir para explicar las bases o fundamentos de la responsabilidad por ruptura en los sistemas elegidos (siquiera solo en la hipótesis en estudio) para luego hacer posible un trasplante no traumático en el ordenamiento de destino. Las tres jurisdicciones elegidas como punto de apoyo divergen en torno a la naturaleza de la responsabilidad: contractual (Alemania), extracontractual (Francia) o precontractual *sui generis* (Chile), aunque a veces se discute doctrinalmente allí donde la ley no lo aclara. La infracción de deberes de conducta está también en la base de los tres sistemas y, en parte, son deberes de conducta que emanan de la buena fe objetiva. La autora concluye que en todos ellos, sin embargo, la base legal de la responsabilidad precontractual ha acabado independizándose de aquella buena fe. En Francia y Chile, puesto que la responsabilidad es extracontractual, el análisis se centra en la culpa. En Alemania, los deberes precontractuales que están en la base de la *culpa in contrahendo* (§ 311.2 BGB) están expresamente previstos en los §§ 241.2 y 311.2 y 3 BGB y ya no es preciso el fundamento adicional que proporciona el § 242 BGB. Por consiguiente, en los tres sistemas está presente la idea de culpa en la creación de la expectativa y/o en la ruptura (ruptura sin una buena razón y/o bruscamente).

IV. El derecho inglés se presenta como un sistema aislado, en el que la libertad contractual impide tener en cuenta los intereses de la contraparte, y que desconoce los efectos generales de la buena fe. Aunque no es inmune a la noción de responsabilidad precontractual, sin embargo, el *common law* no cuenta con una teoría general del instituto, ni prevé responsabilidad alguna en el caso en estudio. La tesis de Zuloaga es que, sin desconocer cómo la

buena fe interactúa en los conceptos que desarrolla luego, modernamente es preciso huir de aquella o de la noción de abuso de derecho, para explicar o justificar la razón de las diferencias entre aquellos sistemas y el *common law* inglés. Para Zuloaga el núcleo común de la responsabilidad debe explicarse recurriendo a la omnicomprendensiva noción de confianza (*reliance*), cuyo significado se nutre de dos ideas: la lealtad recíproca (*trust-based reliance*) y el respeto a las expectativas (*expectation-based reliance*). En particular, la autora defiende que la idea de fraude a la confianza legítima en la conclusión del contrato en los ordenamientos jurídicos de referencia es lo que explica el verdadero fundamento de la responsabilidad precontractual en todos ellos (véase capítulo 6). Zuloaga enseña luego (capítulo 7) que puesto que el *common law* sí que protege la confianza legítima en otros escenarios, la toma en consideración de aquel enfoque permitiría solucionar del mismo modo que en otras jurisdicciones el caso en estudio. En particular, la autora indaga en la posible expansión del *tort of negligence* y del *estoppel* con apoyo en esa idea, aunque algunos ya se han mostrado poco optimistas en torno a ese desarrollo (Giliker, ILQR, 2020, 69, p. 755).

V. El libro de Zuloaga muestra la dificultad de separar y distinguir nítidamente ideas y conceptos, muy especialmente en el caso francés, e ilustra como la innegable fuerza de la buena fe, como sustrato, impide que los argumentos no se solapen. La autora proporciona un enfoque teórico para solucionar un problema conocido, aunque a veces todo parece un juego de palabras en torno a la buena fe y la lealtad, por un lado, y la confianza y las expectativas, por el otro. Podría pensarse que, a fin de cuentas, tampoco es seguro que el problema que plantea Zuloaga exista en realidad para los juristas de *common law* ingleses, muy proclives a adoptar medidas preventivas a través de *letters of intent*. Además, el Derecho inglés no conoce una cláusula general de responsabilidad (como en el Derecho francés o chileno) y la casuística en la que se asienta el *common law* puede hacer difícil su generalización. En realidad, Zuloaga conoce esos argumentos y los rebate bien, en su empeño en desplazar el foco de análisis tradicional. Así que, independientemente de lo que a cada uno le puedan parecer las conclusiones en torno a la posible convergencia de sistemas, lo meritorio y que conviene destacar es la forma en que se desarrolla el razonamiento. La obra no trata de contribuir a una eventual armonización del Derecho de contratos –objetivo abandonado en la Unión Europea, a la que a su vez ha abandonado el Reino Unido– sino a una convergencia de ideas y argumentos. Eso es muy útil para el saber y el mutuo entendimiento y, aunque solo fuera por eso, la tesis de Zuloaga merece ser explicada y difundida. El resultado es, por supuesto, valioso, pero lo es mucho más el camino que atraviesa la autora hasta su obtención. Con un perfecto análisis sincrónico y diacrónico de varios sistemas, un encomiable análisis de las fuentes originales y una gran coherencia y claridad discursivas, Isabel Zuloaga combina de forma magistral el estudio legal, jurisprudencial y doctrinal y sobresale en su función como comparatista.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Barcelona

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Carlos III de Madrid) María del Rosario DÍAZ ROMERO (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Profesor Titular de Derecho comparado, Universidad de Pavia [Italia]), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN [Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada CU), Universidad Autónoma de Madrid]

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.– II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.-Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

DONDERO, B.: «Pour un droit plus systématique: vers la fin des notes de jurisprudence?», *RDS*, 2020, núm. 5, pp. 292-297.

La jurisprudencia a la hora de analizar determinados aspectos jurídicos, lleva en ocasiones, a destruir la norma. El autor se plantea si se debe seguir utilizando o no. (*R.A.R.*)

JESTAZ, Ph.: «La norme dans la doctrine privatiste du XXe siècle», *RTDC*, 2020, núm. 1, pp. 35-44.

El concepto kelseniano de norma, utilizado por los publicistas, ha sido recibido pero modificado por los privatistas. Diversas opiniones a favor y en contra de este proceso. (*R.A.R.*)

VVAA: «Les principes ELI par la COVID», *RDS*, 2020, núm. 28, pp. 1580-1587.

El Instituto Europeo de Derecho ha elaborado quince principios ante la crisis sanitaria que el autor nos enseña y explica. Entre ellos, sobre datos privados y su protección; libertad de movimientos; moratoria en el pago; educación; fuerza mayor; responsabilidad y su exención y retorno a la normalidad. (*R.A.R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ALU, A.: «Esiste il diritto all'oblio su Internet? La complessa evoluzione di tale figura tra giurisprudenza e legge», *DFP*, 2020, núm. 1, pp. 313-328.

Artículo que profundiza en la figura del derecho al olvido en el ámbito digital, con particular atención a su incidencia en el derecho a la privacidad. Igualmente se analiza la temática a la luz del Reglamento de la Unión Europea 2016/679. (*Alma R.G.*)

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J.: «People et Court Européenne des droits de l'homme», *RDS*, 2020, núm. 17, pp. 940-944.

Influencia de la doctrina de la Corte Europea de derechos humanos sobre la persona. (*R.A.R.*)

BATTELLI, E.: «I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona», *DFP*, 2020, núm. 1, pp. 283-297.

Análisis del concepto de vulnerabilidad en su aplicación a las personas, entendida la citada vulnerabilidad como la condición de aquellos sujetos que viven una situación de vida caracterizada por el riesgo o la inseguridad y que posee su origen en la debilidad de determinados sistemas sociales, como el de la familia, la comunidad o el *welfare state*. Se profundiza, en particular, en los ámbitos subjetivo y objetivo de tal categoría de la vulnerabilidad. (*Alma R.G.*)

BERNES, A.: «La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica», *NLCC*, 2020, núm. 1, pp. 175-205.

El uso de datos personales dentro de la actividad de investigación científica con propósito de difusión de los resultados. Dificultad en el tratamiento de datos científicos sin vulnerar derechos de la persona. (*M. R. D. R.*)

COCUCCIO, M.: «Capacità di agire e amministrazione di sostegno», *DFP*, 2020, núm. 1, pp. 298-312.

Artículo que profundiza en la capacidad de obrar y su relevancia constitucional, deteniéndose en la reforma legislativa de 2004 que regula la *amministrazione di sostegno*, el nuevo sistema de protección de la persona privada de autonomía. (*Alma R.G.*)

D'AVACK, L.: «L'aiuto al suicidio medicalizzato sotto il controllo della Corte Costituzionale», *DFP*, 2019, núm. 4, pp. 1707-1721.

El artículo aborda un tema de gran actualidad, esto es, la ayuda al suicidio dentro del ámbito sanitario, y lo hace desde una doble óptica: por una parte, estudia la normativa italiana vigente de 2017 sobre *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento al suicidio medicamente assistito*. Por otro lado, analiza la sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 207/2018 de 24 de octubre, que admite el suicidio asistido en circunstancias específicas, como la enfermedad incurable o el sufrimiento insoportable. (*Alma R.G.*)

DERIEUX, E: «Dix ans de QPC en droit des médias», *SJ*, 2020, núm. 26, pp. 1215-1223.

Situación actual de la libertad de prensa ante su regulación en la Constitución. (R.A.R.)

DI LANDRO, A.: «Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza», *NLCC*, 2020, núm, 2, pp. 360-373.

Reflexión de derecho y jurisprudencia comparada sobre la tutela de los intereses de los menores de edad. (M. R. D. R.)

DISALVO, F.: «Attività di prostituzione tra mercato e controllo ordinamentale. Spunti di riflessione sulla pronuncia della Corte Costituzionale», *DFP*, 2020, núm. 1, pp. 3-67.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 7 de junio de 2019 n. 141, que afronta el tema de la prostitución, abordando la vieja cuestión sobre la compatibilidad existente entre tal conducta y ciertas libertades fundamentales garantizadas en la Constitución, por ejemplo, la autonomía y los actos de libre disposición sobre el propio cuerpo (derecho a la autodeterminación sexual). (Alma R.G.)

DROUOT, G.: «Droit, algorithmes et anarchie», *RDS*, 2020, núm. 1, pp. 35-39.

Problemas de los datos y el uso de internet con los derechos fundamentales de la persona y la protección de datos. (R.A.R.)

GEROT, M./ MAXWELL, W.: «Le RGPD pourrait freiner les ambitions de l'Europe en matière d'intelligence artificielle», *GP*, 2020, núm. 23, pp. 16-19.

Ante el anuncio de la Comisión Europea en materia de protección de datos, ha señalado la nueva tendencia en materia de inteligencia artificial en las aplicaciones industriales. Se está potenciando un futuro económico más atrayente, seguro y dinámico con esta nueva técnica. Pero, el Reglamento de protección de Datos supone un obstáculo a su desarrollo. (R.A.R.)

GOÛT, E.U.: «Sommes-nous propriétaires de notre corps?», *RTDciv*, 2020, núm. 2, pp. 315-325.

Para el autor es difícil decir que sí ni es evidente. Por un lado ve que se responde afirmativamente por la relación de la persona con su cuerpo y sobre el que sólo ella ejerce su poder. Pero, por otro lado, se puede decir que no por negativa a la cosificación del cuerpo humano como objeto de apropiación. Para ello, expone todos los argumentos. (R.A.R.)

JAAFAR, D.: «Covid-19 et données de santé: Raison et sentiments», *GP*, 2020, núm. 22, p. 15-19.

Problemas de los datos de salud actual ante la crisis sanitaria. Propone inspirarse en la novela de Jean Austen para sintetizar el debate. Hay demasiadas disposiciones que no tienen razón alguna ¿o no? Esas nuevas normas y medidas afectan a los datos personales sobre la salud de las personas. (R.A.R.)

L'HULLIER, G./PARANCE, B.: «Juridifier l'Anthropocène» *SJ*, 2020, núm. 9, pp. 415-428.

Estudios sobre la personificación de la naturaleza. Posibilidad y problemas jurídicos. (R.A.R.)

MALLAVAËY, B.: «Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant», *RTDC*, 2020, núm. 2, pp.291-313.

El reconocimiento de capacidad para que un menor tome decisiones que afectan a su vida no sólo cotidiana sino también en un procedimiento judicial, viene del art. 12 de la Convención internacional de Derechos del niño. El niño tiene derecho a expresar sus opiniones y tomar decisiones. El comité de Naciones Unidas ha demostrado la importancia del menor en este punto exigido por el interés del menor. (R.A.R.)

MARGUÉNAUD, J. P./BURGAT, F./LEROY, J.: «La personnalité animale», *RDS*, 2020, núm. 1, pp. 28-34.

Uno de los problemas actuales en parte de la doctrina es la atribución o no de derechos a los animales, incluso, según la postura que se adopte, se habla incluso de atribución de personalidad, como al hombre dadas sus semejanzas y su capacidad de sufrir. (R.A.R.)

PELLECCHIA, E.: «Dati personali, anonimizzati, pseudonimizzati, deidentificati: combinazioni possibili di livelli molteplici di identificabilità nel GDPR», *NLCC*, 2020, núm. 2, pp. 360-373.

Tratamiento de datos personales y diferentes supuestos de protección según el Reglamento UE 2016/679: anonimato, pseudónimos, identificación y no identificación. (M. R. D. R.)

POTENZANO, R.: «Brevi note comparatistiche in tema di suicidio assistito», *DFP*, 2019, núm. 4, pp. 1822-1854.

El artículo aborda un tema novedoso y muy debatido en la actualidad, como es la ayuda al suicidio. La sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 207/2018 de 24 de octubre admite el suicidio asistido en circunstancias específicas, como la enfermedad incurable o el sufrimiento insoportable. El trabajo se lleva a cabo desde una perspectiva de Derecho Comparado, analizando en profundidad el derecho inglés en esta materia y, en particular, el célebre caso R (*Nicklinson v. Ministry of Justice*) [2014] UKSC 38. (*Alma R.G.*)

RINALDO, M.: «Il silenzio normativo e l'intervento "evolutivo" della corte costituzionale nell'ambito delle scelte di fine vita», *DFP*, 2020, núm. 2, pp. 606-630.

Artículo dedicado al examen del carácter disponible del derecho a la vida y del derecho a morir, así como a poner de relieve el vacío normativo existente respecto a la buena muerte. El derecho a la vida constituye un derecho inviolable para terceros, pero se pregunta el autor si puede calificarse al mismo tiempo como indisponible para su titular. Estudia, finalmente, lo que ha de entenderse como dignidad en la fase final de la vida. (*Alma R.G.*)

SOULARD, CH.: «L'articulation entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée», *RDS*, 2020, núm. 9, pp. 504-505.

El autor se plantea los problemas que normalmente se le presenta a la doctrina entre el choque de la libertad de expresión y el respeto a la vida privada. (R.A.R.)

TOZZI, F.: «Persona e mercato», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 4, pp. 679-704.

Este artículo analiza el derecho a la imagen de una persona y otros derechos similares que se sitúan entre la indisponibilidad y la posibilidad de comercialización de los mismos. En particular, se plantea si la patrimonialidad y la indisponibilidad pueden o no coexistir al mismo tiempo. (Alma R.G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AZZARRI, F.: «La prestazione penale unilateralmente determinata», *RDC*, 2020, núm. 1, pp. 160-188.

Cláusula penal y condiciones generales de los contratos. Análisis de derecho comparado sobre la determinación unilateral de la pena, en el derecho italiano y el ordenamiento jurídico alemán. (M. R. D. R.)

BARBIER, J. D.: « Le sort du loyer commercial face à la pandémie », *GP*, 2020, núm. 16, pp. 17-20.

El confinamiento y el cierre de tiendas colocan a los arrendatarios de locales comerciales en una situación de fuerza mayor para poder cumplir el contrato. Por ello, el contrato de alquiler ha de ser suspendido y las rentas no pagadas no pueden deberse. Debe revisarse el contrato. (R.A.R.)

BIANCA, C.: «Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale», *RDC*, 2019, núm. 6, pp. 1277-1294.

Reflexiones sobre la teoría objetiva de la responsabilidad contractual y las posiciones críticas tras la reforma del Código civil. Análisis de diferentes supuestos como el incumplimiento, inexactitud de la prestación, mora, etc. (M. R. D. R.)

BRANDANI, S./NAVONE, G.: «La liquidazione monetaria del danno non patrimoniale», *NLCC*, 2020, núm. 2, pp. 374-414.

Estudio sobre la estimación del daño no patrimonial ante la imposibilidad de reparación integral del perjuicio. Criterios de cuantificación del daño ante la obligación de resarcimiento monetario del perjuicio no patrimonial. (M. R. D. R.)

CARMODY TILLEY, C.: «(Re)Categorizing Defamation», *Tul. L. Rev.*, 2020, vol. 94, núm. 3, pp. 435-517.

En relación con el sistema estadounidense, la autora trata el problema de la responsabilidad por difamación. Si bien el sistema de responsabilidad objetivo fue prácticamente abandonado desde mediados de los años sesenta, pasándose a enmarcarlo en un sistema más bien relativo a la política de expresión (*N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 283 (1964)), se constata

que el sistema basado sobre la culpa no puede operar de manera adecuada en una realidad donde los nuevos sistemas editoriales han cedido el control de la producción de contenido a periodistas independientes y, además, han informatizado las plataformas mediante sistemas de algoritmos. Por ello, debería reconsiderarse el sistema de responsabilidad objetiva. (A.F.)

CHARBONNEAU, C.: «De l'interprétation stricte du champ d'application des articles 1792-4-2 y 1792-4-3 du Code civil», *RDI*, 2020, núm. 3, pp. 120-128.

El autor analiza la aplicación de los artículos 1702-4-2 y 1792-4-3 sobre la acción de responsabilidad del subcontratante por daños en la obra y su prescripción en el plazo de 10 años desde la recepción de la obra; o 2 años si son desde la recepción. Fuera de esos casos, el plazo general será de 10 años desde la recepción de la obra. (R.A.R.)

D'ADDA, A.: «Riflessioni sul risarcimento del danno (im)prevedibile», *RDC*, 2019, núm. 6, pp. 1295-1324.

Análisis del resarcimiento de daños contractuales y su exención en caso de daño imprevisible, frente al daño por culpa o dolo. (M. R. D. R.)

DE CRISTOFARO, G.: «Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento (art. 3, comma 6 bis dl 23 febbraio 2020 n. 6, introdotto dall' art 91 d l 17 marzo 2020 n. 18, con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n.27)», *NLCC*, 2020, núm. 3, pp. 571-595.

Reflexión sobre la necesaria adaptación de la normativa sobre incumplimiento contractual, ante la situación creada por el COVID 19: inaplicación de la normativa sobre falta, mora o inexacta ejecución de la prestación: exoneración o reducción de responsabilidad y efectos de la falta de cumplimiento. (M. R. D. R.)

DESSNET, P.: «Le “verdissement” de notre droit positif et ses incidences en matière de responsabilité et d'assurance construction», *RDI*, 2020, núm. 6, pp. 280-291.

La protección al medio ambiente y su incidencia en la construcción. Responsabilidad de los constructores por daños y los seguros de obra. (R.A.R.)

DORIA, G.: «La nozione di contratto tra prassi, normativa europea e codificazioni nazionali», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 563-571.

Reflexión sobre los intentos europeos de armonización de la normativa contractual y los problemas a salvar en el ámbito práctico y códigos nacionales. (M. R. D. R.)

DUBOIS, CH.: «La responsabilité civile pourrait-elle voler au secours de la culture?», *RTDC*, 2020, núm. 2, pp. 275-289.

Los perjuicios económicos puros, aislados de todo atentado personal, muestran como debe evolucionar la responsabilidad civil. Debe adaptarse tanto en las condiciones como en los fundamentos. El perjuicio ecológico ¿puede reconecerse también como perjuicio cultural puro?. Con ello se permitiría condenar a los autores de atentados contra el patrimonio cultural, como el incendio de Nuestra Señora de París o el atentado al Arco del Triunfo. Es necesario elaborar el nuevo régimen del perjuicio. (R.A.R.)

EMILIOZZI, E.: «Malformazione fetale non diagnosticata: quali danni?», *DFP*, 2020, núm. 1, pp.156-168.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 25 de junio de 2019 n. 16892, que se ocupa del resarcimiento del daño consiguiente al nacimiento de un niño con graves malformaciones que no habían sido diagnosticadas por el profesional médico que había seguido a la gestante durante el embarazo. La sentencia distingue dos posibles daños derivados de la omisión del diagnóstico: el daño por el nacimiento indeseado en sí mismo y el daño por violación del derecho a ser informado sobre las condiciones de salud del concebido. (*Alma R.G.*)

FRELETEAU, B.: «La maxime Nemo Auditur a-t-elle survécu á la réforme du Droit des contrats?», *RDS*, 2020, núm. 19, pp. 1052-1057.

Análisis sobre la positividad o negatividad de la regla mencionada en la reforma del derecho de contratos francés. (*R.A.R.*)

FRENDA, D.: «Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema», *RDC*, 2019, núm. 6, pp. 1325-1357.

Tratamiento del conflicto por pérdida de oportunidades y criterios de indemnización. La necesidad del elemento de causalidad en el sistema de responsabilidad por daño. (*M. R. D. R.*)

GABRIELLI, E.: «Il problema del contenuto e dell'oggetto nel contratto di Cesare Massimo Bianca», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 572-587.

Interpretación de Bianca de la normativa y concepto sobre el contenido y el objeto del contrato. (*M. R. D. R.*)

GERACI, G.: «Le molteplici conseguenze della perdita del rapporto parentale nel confronto tra gli ordinamenti», *DFP*, 2020, núm. 2, pp. 631-664.

El artículo reflexiona sobre las múltiples manifestaciones que puede tener el daño por la pérdida de la relación familiar: en particular, se detiene en el daño derivado de la lesión psíquica sufrida por la muerte del propio miembro de la familia y las consecuencias patrimoniales surgidas del fallecimiento del familiar. El trabajo incluye un análisis comparativo entre el ordenamiento italiano y la regulación contenida en la *Fatal Accident Act* 1976 en el derecho inglés. (*Alma R.G.*)

GIRAUD, P.: «Nouvelle ordonnance sur la gestion des délais: une pincée de prévisions, une bonne dose de complexification», *GP*, 2020, núm. 16, pp. 13-16.

La gestión del plazo en periodo de crisis sanitaria genera gran interés e inquietud para los prácticos. La ordenanza núm. 2020-306 de 25 de marzo de 2020 ha solucionado muchos temas pero también ha planteado nuevos interrogantes. El 15 de abril de 2020 una nueva ordenanza ha prorrogado los plazos legales dificultando los problemas de excepciones, cláusulas penales y resolutorias. (*R.A.R.*)

— «Restez confinés, les délais sont prorogés», *GP*, 2020, núm. 14, pp. 15-18.

La crisis sanitaria obliga a adaptar el procedimiento judicial. Dos ordenanzas de 25 de marzo de 2020 tratan el tema, y los plazos se han prorrogado.

do, y se ha buscado una solución mediante el recurso al juez único y a las telecomunicaciones. (R.A.R.)

GRANOTIER, J.: «Le dol dans les cessions de droits sociaux: plaidoyer pour un dernier épisode», *RDS*, 2020, núm. 20, pp. 1123-1131.

El dolo en los contratos de cesión de derechos sociales. (R.A.R.)

HEINICH, J.: «L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la forcé majeure à l'imprévision», *RDS*, 2020, núm. 11, pp. 611-617.

El coronavirus ha trastocado no solamente la salud de las personas sino también lo económico y lo jurídico. En concreto, uno de los graves problemas es el cumplimiento de los contratos ante la inactividad temporal provocada. El autor analiza la falta de cumplimiento por fuerza mayor. (R.A.R.)

HENRY, X.: «Le renouvellement de l'approche de la jurisprudence. À propos du site du Cerclab», *SJ*, 2020, núm. 30, pp. 1436-1442.

Problemas de protección del consumidor atendiendo a la jurisprudencia francesa. (R.A.R.)

LASSERRE, V.: «Validité et portée des clauses de conciliation ou de médiation», *SJ*, 2020, núm. 29, pp. 1381-1387.

Actualmente, la resolución de conflictos se prevé contractualmente entre las partes, y no sólo se acude a los tribunales, sino que cada vez se tiende a los casos de resolución alternativa, como la mediación y la conciliación. El autor analiza la validez de estas cláusulas. (R.A.R.)

LEVENEUR-AZEMAR, M.: «Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats», *RDS*, 2020, núm. 3, pp. 165-169.

La reforma del derecho de contratos en Francia tiene una gran importancia por sus muchas novedades. El autor, en este trabajo, trata de dar claridad a algunas de las cuestiones que se plantean utilizando el Derecho comparado en la interpretación normativa. (R.A.R.)

LIBCHABER, R.: «Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision», *RDS*, 2020, núm. 21, pp. 1185-1188.

Reforma del derecho de contratos y el principio de imperatividad de su aplicación. (R.A.R.)

MARCHISIO, E.: «Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina difensiva», *RDC*, 2020, núm. 1, pp. 189-220.

Responsabilidad médica en el sistema sanitario italiano. Necesidad de revisar la normativa para reequilibrar la relación entre profesionales sanitarios y pacientes. Establecimiento de nuevas líneas de «Buena Práctica». (M. R. D. R.)

MEZZANOTE, F.: «Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori», *NLCC*, 2020, núm. 1, pp. 65-111.

Efectos del pago anticipado del crédito inmobiliario en relación a la reducción de los intereses. Naturaleza jurídica del pago total del crédito antes del vencimiento e interpretación de la jurisprudencia actual. (M. R. D. R.)

MINECCI, U.: «Il contratto di gestione di portafogli: tra identità del tipo e accertamento della mala gestio», *RDC*, 2019, núm. 6, pp. 1369-1387.

Tratamiento de la responsabilidad por mala gestión derivada de un contrato de gestión de patrimonios. Obligaciones de medios y de resultado. (*M. R. D. R.*)

MINERVINI, E.: «La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31», *NLCC*, 2020, núm. 2, pp. 346-359.

Acción inhibitoria y derecho de los consumidores, a propósito de la ley 31/19. (*M. R. D. R.*)

PAPANTI, P.: «La rescissione e la giustezza del contratto», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 563-571.

Los supuestos de rescisión como vías de justicia contractual: base histórica del artículo 1448 del Código Civil y su fundamento objetivo. (*M. R. D. R.*)

PELLIER, J. D.: «L'impact de l'épidémie de coronavirus sur les contrats de tourisme», *RDS*, 2020, núm. 13, pp. 729-734.

El coronavirus ha afectado jurídicamente a todos los ámbitos, pero en el contractual ha incidido de forma especial. Dentro de los contratos, una de las figuras más afectadas el contrato de viaje turístico. El autor analiza las consecuencias de estos contratos ante la imposibilidad de viajar y disfrutar del paquete turístico. (*R.A.R.*)

PIRAINO, F.: «La cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa», *NLCC*, 2020, núm. 1, pp. 1-47.

Injusticia del daño y antijuridicidad en relación con el ejercicio del derecho a la legítima defensa: requisito de proporcionalidad y extralimitación culposa al actuar en legítima defensa. (*M. R. D. R.*)

SCOGNAMIGLIO, C.: «La causa concreta: una proposta dottrinale di successo», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 563-571.

Reflexión sobre la discrepancia interpretativa del requisito de la causa contractual entre doctrina y jurisprudencia: realización del interés contractual y eficacia de la operación contractual. (*M. R. D. R.*)

SENU, J.: «Negotiating Damages and the Compensatory Principle», *Oxford J. Legal Stud.*, 2020, vol. 40, núm. 1, p. 110-131.

Tomando como referencia la sentencia *Morris-Garner v One Step* ([2018] UKSC 20, [2018] 2 WLR 1353) se aborda el valor de la negociación de la indemnización antes de haber incumplido el contrato. Concretamente se abordan los *negotiating damages* (instaurados con *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd* ([1974] 1 WLR 798) es decir el obtener una suma que viene a ser pagada para liberarse de la obligación asumida. En particular la autora se pregunta si esta negociación puede tener un valor compensatorio llegado a la conclusión afirmativa a condición de que se asuma por parte del demandante que su daño, sus pérdidas, son el «valor de la elección», entre exigir el cumplimiento o recibir la indemnización, que lo ha conducido a la conclusión de la negociación. (*A.F.*)

SIMLER, Ph.: «L'article 1347-6 alinéa 2, du Code civil: une bévüe de la reforme du droit des obligations?», *SJ*, 2020, núm. 12, pp. 591-596.

Dentro de la reforma del Derecho de obligaciones francés, está el artículo 1347,6,2.º sobre la compensación. El autor se plantea si realmente es una torpeza o ha sido intencionado, dadas las dificultades que plantea. (R.A.R.)

VVAA: Número especial temático sobre enriquecimiento injustificado, *Harv. L. Rev.*, 2020, vol. 133, núm. 6, pp. 2062-2171.

Este número dedicado por completo al enriquecimiento injustificado, se dedica a desmenuzar varios aspectos. Después de una introducción (p. 2062-2076), se preparan cuatro capítulos, el primero dedicado a los aspectos históricos: «The intellectual history of unjust Enrichment», p. 2077-2100, el segundo lo relaciona con la *equity*: «The future of restitution and Equity in The Distribution of Funds Recovered From Ponzi Schemes and Other Multi-victim Frauds», p. 2101-2123; el tercero relativo a las labores domésticas realizadas por parejas no casadas: «Restitution at Home: Unjust Compensation Form Unmarried Cohabitants' Domestic Labor», p. 2124-2147; para finalizar con una contribución sobre aspectos relativos al derecho indígena «Aloha Āina: Native Hawaiian Land Restitution», p. 2148-2171. (A.F.)

— Número especial temático sobre *contract lore*, *Tul. L. Rev.*, 2020, vol. 94, núm. 5, pp. 893-1002.

En el año 2002 el Profesor Robert Hillman acuñaba la expresión «Contract Lore» para identificar algunas de las tradiciones del derecho contractual, identificando tres (Hillman, «Contract Lore», *27 J. CoRp. L.* 505 (2002)). En 2019 se revisita, debate y actualiza el concepto en el Simposio «Sweet little lies: Contract Lore Revisited» celebrado en marzo de 2019 en la *Tulane University Law* con ocasión de las *XIV International Conference on Contracts* (KCON XIV). Este número contiene las contribuciones de Mark B. Wessman, «Introduction», p. 893-901; del mismo Robert A. Hillman, «More Contract Lore», p. 903-923; para posteriormente incluir algunos comentarios relativos al tema tratado: Marks, Colin P., «Contract Lore as Heuristic Starting Points», p. 905-960; Martin, Jennifer S. «Perceptions of Contract Remedies», p. 961-1002. (A.F.)

— «Colloque: Exceptions, derogations et redéfinitions en Droit de l'urbanisme et de la construction. Souplesse ou marginalisation de la règle?», *RDI*, 2020, núm. 1, 47 pp.

Estudios diversos sobre el urbanismo y su posible facultad de derogación o limitación de otras normas; innovaciones o posibles reformas en el Código de la construcción; la responsabilidad y garantías del contrato de obra. (R.A.R.)

— «Dossier. Les opérations de travaux au temps de coronavirus», *RDI*, 2020, núm. 7-8, pp. 350-373.

Diversos artículos sobre el coronavirus y su incidencia en el ámbito del urbanismo y el contrato de obra. Entre ellos podemos señalar: urbanismo en tiempo de confinamiento; concesiones de obra en tiempos de crisis sanitaria; ocupantes de propiedad pública y Covid 19; Covid 19 y plazos en caso de daños en una obra. (R.A.R.)

— «La construction dans la tempête: contrats de construction et VEFA à l'épreuve du Covid-19», *RDI*, 2020, núm. 5, pp. 216-247.

Estudios diversos en Dossier sobre la incidencia del COVID en la construcción y en los contratos de obra en particular. (R.A.R.)

— «Coronavirus. Contrat et obligations», *RDS*, 2020, núm. 15, pp. 827-836.

Estudio sobre la prórroga del plazo y sus efectos en el ámbito contractual como consecuencia de la crisis sanitaria; jurisprudencia sobre el tema. (R.A.R.)

— «État d'urgence. Baux commerciaux», *RDS*, 2020, núm. 16, pp. 885-897.

Las consecuencias en los contratos de arrendamiento de locales de negocio de la declaración del estado de urgencia en Francia, especialmente sobre el pago de la deuda (R.A.R.)

ZHONG XING, T.: «Where the Action is: Macro and Micro Justice in Contract Law», *MLR*, 2020, vol. 83, núm. 4, pp. 725-760.

Análisis de la justicia retributiva en particular de la («macro») teoría de John Rawls en contraposición con la justicia «micro contractual» relativa a las transacciones interpersonales. Posteriormente el autor proporciona una vía intermedia entre las dos. (A.F.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BARTOCCI, H.: «*Suum cuique reddere*: paternità e proprietà letteraria. Alcune riflessioni sull'origine dei concetti (Seconda parte)», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 3, pp. 382-401.

El artículo reflexiona sobre el origen de ciertos conceptos relativos al derecho de autor: el hurto de la obra literaria, la metáfora del plagio y la no usucapibilidad de las argumentaciones ajenas. (Alma R.G.)

BINASCHI, G./ARENA, S.: «Alcuni spunti di riflessione nelle controversie fra Italia e USA in materia di diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2019, núm. 4, pp. 547-571.

Los procedimientos judiciales del tribunal de Distrito de Nueva York de 6 de octubre de 2017 y del Tribunal de Apelación de 21 de agosto y de 11 de octubre de 2019, que versan sobre el litigio entre *Ennio Morricone Inc.* y *Bixio Music Group Ltd.*, tienen como protagonista una figura de creciente aplicación práctica en el ámbito de la normativa estadounidense en materia de derecho de autor (el «*Right of Termination*»). El presente artículo lleva a cabo una serie de reflexiones sobre el tema, poniendo de relieve las características principales de la citada figura haciendo un estudio comparativo entre la normativa italiana y la estadounidense. (Alma R.G.)

BONADIO, E.: «*Street Art*; la tutela legale di un'arte nata ai margini della legalità», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 3, pp. 350-371.

Artículo dedicado a varias cuestiones sobre el arte callejero y el derecho de autor: su consideración como obra del ingenio o bien cultural, los derechos morales y patrimoniales reparables en dicho arte y el análisis de las

características especiales de las obras de arte callejeras (presupuestos y consecuencias). (*Alma R.G.*)

CASELGRANDI, M.: «Il *Copyright Manager*», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 4, pp. 607-641.

Este artículo se enmarca dentro de la protección de la propiedad intelectual con carácter general en la era de la tecnología telemática y, en particular, analiza toda la problemática relativa al «*Copyright Manager*»: principales ámbitos de competencia del *Copyright Manager*; la organización de espectáculos y de entretenimientos, la piratería informática, la piratería musical, la piratería cinematográfica, la piratería reprográfica, la construcción de una página de Internet en el respeto del derecho de autor, la consideración de la página de Internet como obra del ingenio, la tutela jurídica del *software* y la música y el video en una página de Internet. (*Alma R.G.*)

HAZAL, J.P.: «Le propriétaire souverain: archéologie d'une idole doctrinale», *RTDC*, 2020, núm. 1, pp.1-33.

Normalmente se considera al propietario como dueño soberano de su cosa, tal y como se ha entendido a lo largo de la tradición jurídica. Esa creencia histórica es errónea pero también es necesario entender que se ha impuesto básicamente por los economistas del siglo XVIII, con prerrogativas ilimitadas y símbolo del poder político para los juristas desde 1848. A finales del siglo XIX se decide despolitizar la figura del propietario soberano y se construye una nueva doctrina. (*R.A.R.*)

CONTALDO, A.: «Diritti morali in capo agli Artisti, Interpreti ed Esecutori (ed ai loro eredi) di opere musicali: onere della prova sulla paternità», *Dir. Aut.*, 2019, núm. 3, pp. 455-514.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 24 de junio de 2019 n. 13360 sobre el derecho conexo de los artistas, intérpretes y ejecutores de acuerdo con el Decreto legislativo n. 685/1994 y, en segundo lugar, sobre los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutores que en una determinada obra desarrollan un papel de notable relevancia. (*Alma R.G.*)

CONTALDO, A./SAMMARCO, P.: «Le expertises d'arte ed il diritto di autenticazione o di disconoscimento di un'opera», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 4, pp. 713-784.

El artículo comenta la sentencia del Tribunal de Roma de 26 de junio de 2019 n. 13461, la cual viene a colmar la laguna jurisprudencial existente en tema de plagio de obras de arte y de responsabilidad de las galerías expositivas. Así, aborda la tutela de la obra de arte respecto al plagio y la responsabilidad del experto profesional, la sutil línea de distinción existente entre los elementos constitutivos de la falsificación y del plagio y, por último, el desconocimiento de la paternidad de la obra y la función de los expertos. (*Alma R.G.*)

DI MICO, P.: «La comunicazione al pubblico, in ambiente digitale, di opere protette: evoluzione della giurisprudenza e prospettive future», *Dir. Aut.*, 2019, núm. 4, pp. 642-678.

Análisis de la normativa comunitaria y de la normativa interna italiana en materia de comunicación al público, desde la perspectiva digital, de obras protegidas por el derecho de autor: en particular, la comunicación al público mediante la publicación de la obra en una página de Internet y la comunicación al público mediante la publicación de un link. Se estudia la sentencia de

la Corte de Casación italiana n. 778/2019 en tema de responsabilidad del *hosting provider* y, por último, se aborda, dentro de las perspectivas de futuro que se abren, el análisis de la Directiva n. 2019/790. (*Alma R.G.*)

FRANCESCHINI, L.: «Le droit voisin des éditeurs de presse face aux GAFA. David contre Goliath?», *SJ*, 2020, núm. 4, pp. 189-198.

Reforma del derecho de autor por el legislador europeo con la finalidad de equilibrar las relaciones entre la prensa nacional y empresas como Google o Facebook. (*R.A.R.*)

FREZZA, G.: «*Blockchain*, autenticazioni e arte contemporanea», *DFP*, 2020, núm. 2, pp. 491-515.

La inteligencia artificial y el derecho, los *Smart contracts*, la moneda virtual y *bitcoin*, los algoritmos y la responsabilidad civil son expresiones hoy frecuentes de estudio generalizado entre los juristas. No obstante, menos frecuente es el análisis sobre arte, autenticaciones y uso del *Blockchain*. El presente artículo posee por objeto la tecnología del *Blockchain* aplicada al mercado del arte contemporáneo, y trata los problemas de autenticidad de las pinturas, analizando los remedios de los contratos celebrados dentro y fuera del *Blockchain* mismo. (*Alma R.G.*)

GALLI, S.: «Lo sviluppo dell'idea e la tutela autoriale: le categorie del "format" e del personaggio», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 4, pp. 572-606.

Este artículo analiza las interferencias conceptuales y estructurales de dos bienes inmateriales, ambos protegidos por la normativa de la propiedad intelectual, esto es, el «format» y el personaje de fantasía. El autor del trabajo también se detiene en las implicaciones económicas de los sectores en los que las controversias relativas a ambas figuras se producen, pero deja claro que la jurisprudencia, respecto a las dos y aunque en tiempos distintos, ha reconocido su protección, también en la perspectiva autorial. (*Alma R.G.*)

GOTZEN, F.: «Les "notions autonomes" dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne relative au droit d'auteur», *RIDA*, núm. 263, enero 2020, pp. 75-88.

El profesor Gotzen estudia los distintos conceptos autónomos relacionados con el derecho de autor que ha elaborado el TJUE a través de su jurisprudencia. El autor empieza destacando que, a pesar de este interés del TJUE por aclarar ciertos preceptos de la normativa europea, siguen existiendo ámbitos del derecho de autor que han quedado fuera de ese esfuerzo armonizador del legislador, como son los derechos morales o los límites o excepciones. A continuación, se centra en la doctrina de los conceptos autónomos, como el de obra, originalidad, reproducción, distribución o comunicación pública, entre otros. Explica el autor las características de esta doctrina: 1) se deriva del objetivo de la normativa europea de conseguir la interpretación más uniforme posible de los preceptos que la componen; 2) los tribunales de los Estados miembros no pueden definir los contornos de estos conceptos, pues esta tarea sólo puede realizarse a nivel europeo; 3) a la hora de elaborar estos conceptos autónomos, hay que tener en cuenta el principio de interpretación amplia de los derechos de los autores; 4) si una directiva no contiene la definición de algún concepto, su significado y alcance se debe determinar teniendo en cuenta su significado usual

en el lenguaje cotidiano, el contexto y los fines de las normas del que es parte; 5) debe considerarse que el derecho de autor es un derecho de propiedad y, como tal, está reconocido como derecho fundamental en el artículo 17.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 6) también hay que tener presente que las directivas deben introducir un nivel alto de protección de los autores y asegurarles una remuneración apropiada por su esfuerzo creativo. El profesor Gotzen analiza todas estas características, relacionándolas con todas las sentencias emanadas del TJUE sobre conceptos autónomos. (*S. L. M.*)

GRIMONPREZ, B.: «Pesticides et riverains: l'impossible conciliation juridique», *SJ*, 2020, núm. 6, pp. 296-302.

La generalización de pesticidas agrícolas no sólo ha perjudicado el medio ambiente de las riberas de los ríos, sino también a los propietarios ribereños. Por ello, hay dos ordenanzas de 27 de diciembre de 2019 con las que se trata de proteger a éstos últimos armonizando el uso de los pesticidas. (*R.A.R.*)

HOANG, P.: «L'aménagement contractuel d'un droit réel de jouissance spéciale sur les droits sociaux: quelles sont les véritables limites?», *RDS*, 2020, núm. 12, pp. 663-669.

Limitaciones a los derechos reales de goce sobre participaciones sociales. (*R.A.R.*)

HOSTIOU, R.: «Au sujet de l'article L122-2 du Code de l'expropriation: la déclaration d'utilité publique et le principe de prévention. Bilan contentieux», *RDI*, 2020 núm. 9, pp. 429-432.

La declaración de utilidad pública en casos de expropiación forzosa. Prevención y situación judicial del problema. (*R.A.R.*)

IOCOLANO, M. C.: «Appunti in tema di partecipazioni societarie e comunione legale dei beni», *DFP*, 2020, núm. 1, pp. 344-357.

El régimen de las participaciones sociales en cuanto objeto del patrimonio común de los cónyuges representa uno de los problemas más delicados que se presentan al intérprete en sede de reconstrucción de la normativa de la comunión legal de bienes. El derecho de familia vigente italiano se ha limitado a regular el caso en que un cónyuge o los dos cónyuges sean titulares de una empresa individual, sin decir nada sobre la hipótesis en la cual un cónyuge desarrolla una actividad constitutiva de empresa junto a otros terceros. (*Alma R.G.*)

LIMBACH, F.: «L'habilitation à disposer pour autrui», *RTDC*, 2020, núm. 1, pp. 45-58

Nadie puede disponer de un bien ajeno, lo que protege al propietario de la desposesión del bien contra su voluntad. Por el contrario, si el propietario faculta a otro para disponer de su bien, con un contrato de comisión o mandato, no se justifica la primera regla. Por ello, el propietario de un bien tiene la facultad de habilitar a otra persona para que disponga personalmente de un bien que no es suyo. (*R.A.R.*)

PODAGROSI, C.: «L'effetto visivo è una caratteristica della creatività?», *Dir. Aut.*, 2019, núm. 4, pp. 785-821.

Artículo que comenta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea causa C-683117 de 22 de septiembre de 2019, que posee su origen en el litigio existente entre una sociedad holandesa (*G-Star Raw CV*) y una sociedad portuguesa (*Cofemel-Sociedade de Vestuário SA*), relativo a la utilización por la segunda de algunas prendas de vestir de la primera. El comentario se detiene en la definición de obra en el sentido de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de información. Además, profundiza en el concepto de creatividad y se plantea el valor estético como un pretendido requisito de la creatividad. (*Alma R.G.*)

SAMMARCO, P.: «L'intervento dell'AGCOM sulla classificazione delle opere audiovisive destinate al web e dei videogiochi», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 3, pp. 372-381.

La Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones (AGCOM) ha emitido un Reglamento de 6 de marzo de 2019 dirigido a la introducción en el ordenamiento italiano de un sistema de clasificación de las obras audiovisuales y de los videojuegos destinados a la web. Se trata de una actuación legislativa que posee su origen en la Ley 220/2016 de reforma de la normativa del cine y de los medios audiovisuales, cuyo artículo 33 autoriza al Gobierno a dictar uno o más decretos legislativos para la tutela de los menores de edad como usuarios de tales obras, inspirándose en los principios de libertad y de responsabilidad, tanto de los empresarios del sector cinematográfico como de los principales agentes educativos (la familia). (*Alma R.G.*)

SEGOIN, D.: «Une perspective gouvernementale française sur la jurisprudence récente de la CJUE en matière de propriété littéraire et artistique», *RIDA*, núm. 263, enero 2020, pp. 5-73.

El autor hace una valoración de la extensísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de derechos de autor, desde el punto de vista del Gobierno francés. Se centra, sobre todo, en las últimas sentencias y en cómo la evolución tecnológica ha influido en la explotación de obras. En este sentido, Francia ha mantenido una actitud muy activa en la resolución de casos sobre derechos de autor, dada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la normativa sobre esta cuestión elaborada por los órganos de la Unión Europea. El autor se plantea así dos objetivos en su estudio: 1) analizar la competencia del TJUE a la hora de resolver los casos sobre derechos de autor; 2) llevar a cabo un planteamiento crítico de su jurisprudencia y su evolución. Dentro del primer objetivo, estudia, en primer lugar, una serie de sentencias que promueven la competencia exclusiva externa de la Unión, conforme a la cual ésta abarca una buena parte de las cuestiones relativas al derecho de autor. Este tema de estudio, a su vez, lo divide el autor en tres partes: 1) las fuentes de esa competencia externa y exclusiva de la Unión Europea; 2) la confirmación de esa competencia a través de la jurisprudencia del TJUE; 3) los límites a esa competencia. A continuación, el autor se centra, en segundo lugar, en la interpretación amplia que el TJUE hace del derecho de comunicación pública de los autores y de la compensación equitativa por copia privada, revisando profundamente su jurisprudencia en relación con estos temas. En

tercer lugar, y dentro de ese primer objetivo, se estudia la influencia que el Derecho francés está teniendo en los casos planteados ante el TJUE, abarcando la compatibilidad de éste con el Derecho de la UE y la difusión de las soluciones dadas por los tribunales franceses al entorno de la Unión. Dentro de este bloque, dedica un epígrafe a estudiar las plataformas online de puesta a disposición del público de contenidos protegidos por derechos de autor y su relación con los derechos fundamentales, así como el necesario balance que debe existir entre los derechos de los usuarios y los de los autores. El segundo gran bloque de este artículo se centra en la evolución de la jurisprudencia del TJUE en sus razonamientos en el ámbito de los derechos de autor. Aquí se tratan temas como: a) los límites a los derechos fundamentales en casos sobre derechos de autor; b) la regulación internacional de los derechos de autor y cómo ésta ha influido en la jurisprudencia y normativa de la Unión; c) el recurso a los conceptos autónomos del Derecho de la Unión por parte del TJUE, definiendo y aclarando determinados preceptos contenidos en la legislación sobre derechos de autor, y que tienen que ver con el concepto de público, de parodia o de compensación equitativa, entre otros. Todo ello se acompaña de un estudio detallado de numerosas sentencias del TJUE. (S. L. M.)

VASTA, C.: «Quando il mondo dell'arte incontra il diritto di marchio: il caso *Bank*», *Dir.Aut.*, 2019, núm. 3, pp. 337-349.

A propósito de la *ordinanza* de 15 de enero de 2019 del Tribunal de Milán n. 52442, que protagoniza el famoso artista *Banksy*, se estudian diversas cuestiones, como la difícil prueba de la mala fe en el momento del registro de la marca, el uso de la marca en una función descriptiva, las diversas soluciones para la actividad del *merchandising* y el derecho de reproducción fotográfica de las obras en los catálogos de arte. (Alma R.G.)

VINCENT, C.: «Les droits réels immobiliers de jouissance spéciale à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté», *RDS*, 2020, núm. 12, pp. 670-676.

Los problemas económicos de las empresas y sus casos de insolvencia pueden afectar a la titularidad de sus derechos. El autor analiza en este caso los derechos reales de goce de titularidad de la empresa: usufructo, censos, servidumbres, etc. (R.A.R.)

DERECHO DE FAMILIA

CAHILL, C. M.: «The New Maternity», *Harv. L. Rev.*, 2020, vol. 133, núm. 7, pp. 2221-2303.

El artículo revisita el concepto tradicional de maternidad abogando que hay asumir un contexto diferente del tradicional que considera que *mater semper certa est, pater numquam*. Si bien se observa, desde el punto de vista norteamericano, que el derecho constitucional ha jugado un rol clave para mantener separados los roles de padre y madre, se sostiene que la maternidad debe ser revisitada a la luz de los nuevos fenómenos como por ejemplo parejas del mismo sexo, madres no biológicas, madres biológicas, y personas transgénero que harían desvanecer la diferencia real en la paternidad. (A.F.)

CRESCENZI, V.: «La ridefinizione del parametro dell'“adeguatezza dei mezzi” nella giurisprudenza della Corte di cassazione e le conseguenze in tema di modifica dell'assegno di divorzio», *DFP*, 2019, núm. 4, pp. 1599-1618.

Comentario al decreto del tribunal de *Civitavecchia* de 14 de septiembre de 2018, que deja vislumbrar con claridad el tránsito del criterio del nivel de vida ostentado por los cónyuges durante el matrimonio, sostenido de modo tradicional por los tribunales italianos para la determinación de la pensión de divorcio, al nuevo criterio manejado hoy consistente en la adopción del parámetro de la autosuficiencia económica del cónyuge acreedor de la pensión. (*Alma R.G.*)

DE CRISTOFARO, G.: «La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di costrizione o induzione al matrimonio previsto dall'art. 558 bis c.p. (introdotta dall'art. 7 l 19 luglio 2019, n. 69)», *NLCC*, 2019, núm. 6, pp. 1315-1364.

Análisis de derecho comparado del supuesto de los matrimonios forzados y la anulabilidad del matrimonio. (*M. R. D. R.*)

FOTI, M.: «Estromissione forzosa dall'abitazione nella convivenza *more uxorio*: quale tutela per il *partner* che subisce lo spoglio», *DFP*, 2020, núm. 1, pp. 219-241.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Palermo de 18 de junio de 2019, que afronta la cuestión de la tutela del conviviente *more uxorio*, no propietario, que es forzosamente alejado de la vivienda en la que se desarrolla la vida familiar y, a raíz de ello, es privado del alojamiento. Los argumentos del tribunal se desdoblaron en tres: Primero, el reconocimiento de la convivencia de hecho como modelo de afecto dotado de creciente relevancia jurídica a la luz de la ley de 20 de mayo de 2006, en cuanto formación social en la que se desarrolla la personalidad del individuo. Segundo, la sentencia incide en la posibilidad que tiene el conviviente desalojado de acceder a la tutela posesoria y, por último, estudia la adecuación del remedio de la reintegración de la posesión del bien. (*Alma R.G.*)

GAMALEU KAMENI, Ch.: «Regard d'un praticien sur l'actualisation de l'inventaire des biens d'une personne placée sous tutelle», *GP*, 2020, núm. 22, pp. 12-14.

El mandatario judicial tiene la obligación de inventariar los bienes de una persona mayor sometida a tutela. El Código civil francés recoge diversas normas que han sido actualizadas pues el inventario depende del tipo de bienes y si no se hace bien habrá responsabilidad del mandatario por falta de cuidado en su actuación. (*R.A.R.*)

LARMINAT, A./ROCHE, O.: «Parentalité et collaboration libérale: quels sont vos droits?», *GP*, 2020, núm. 3, pp. 16-18.

Análisis de los principios y recomendaciones prácticas para vivir y abordar la parentalidad. (*R.A.R.*)

LAS CASAS, A.: «La nozione autonoma di regime patrimoniale tra coniugi del regolamento Ue 2016/1103 e i modelli nazionali», *NLCC*, 2019, núm. 6, pp. 1529-1555.

Reflexión sobre el distinto tratamiento en derecho comparado del régimen patrimonial en el matrimonio: régimen primario en los modelos nacio-

nales y régimen patrimonial en derecho europeo, a propósito del Reglamento UE 2016/1103. (*M. R. D. R.*)

MAZZAMUTO, D.: «La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale», *DFP*, 2020, núm. 2, pp. 392-414.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil de 8 de mayo de 2019, que se pronuncia rechazando la petición de reconocimiento del procedimiento jurisdiccional extranjero de determinación de la filiación de dos menores nacidos en el extranjero, fruto de un contrato de maternidad subrogada, en relación al padre no biológico de nacionalidad italiana. El tribunal fundamenta su decisión en la contradicción de la sentencia extranjera con el orden público nacional italiano, en la medida en que con el reconocimiento de la filiación se vulnerarían ciertos derechos fundamentales, como la dignidad de la madre gestante y el interés superior del menor. (*Alma R.G.*)

MIRABAIL, S.: «Déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps: une réforme inachevée», *GP*, 2020, núm. 10, pp. 16-19.

Reforma de la justicia iniciada con la desjudicialización del divorcio y la separación. Se trata de simplificar y modernizar la justicia, tal y como señalan las leyes de 18 de noviembre de 2016 y 23 de marzo de 2019, comenzando con una reforma del derecho de familia. No obstante, la reforma está incompleta y es mínima. (*R.A.R.*)

MONTECCHIARI, T.: «Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto», *DFP*, 2019, núm. 4, pp. 1722-1749.

El artículo trata la novedosa y sorprendente sentencia de la Corte Constitucional italiana de 26 de junio de 2019 en materia de adopciones de menores, permitiendo las mismas a las personas solteras y a las parejas no casadas, incluso si el adoptante tiene una edad avanzada o si el menor sufre una seria desventaja. (*Alma R.G.*)

SAVI, G.: «Provvedimenti presidenziali temporanei ed urgenti nel giudizio di scioglimento dell'unione civile», *DFP*, 2019, núm. 4, pp. 1619-1668.

Comentario a la Ordenanza del Tribunal de *Pordedone* de 13 de marzo de 2019, que trata sobre la disolución de la unión civil entre dos personas del mismo sexo. Según el tribunal el reconocimiento provisional de la pensión de alimentos fijada en el momento de finalización de la fase presidencial del juicio de ruptura de la unión civil, responde a los mismos criterios fijados para la ruptura (o cesación de los efectos civiles) del matrimonio. Aclara que en la concreta cuestión relativa a la duración de la relación puede tenerse en cuenta el periodo de eventual convivencia de hecho que ha precedido a la constitución de la unión. (*Alma R.G.*)

SPADAFORA, A.: «Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo "ordine pubblico familiare"»?», *DFP*, 2020, núm. 1, pp. 259-282.

Artículo que, dentro de la cada vez más creciente autonomía privada entre los familiares, estudia la posibilidad de llevar a cabo una reglamentación unitaria de las relaciones afectivas a través de un contrato de derecho privado, que el autor denomina contrato de derecho familiar. Se detiene, al analizar los diferentes aspectos de este último contrato, en las diferencias existentes con el contrato de derecho común. (*Alma R.G.*)

— «Dalla famiglia in crisi alla “crisi” del divorzio?», *DFP*, 2020, núm. 2, pp. 516-559.

El artículo reflexiona sobre las consecuencias derivadas de la evolución hacia el reforzamiento cada vez mayor de la autonomía privada en la familia y la consiguiente desjudicialización del divorcio. Si hay una prevalencia de la libre autodeterminación de los cónyuges en cuanto a las consecuencias de su ruptura, el autor se pregunta qué futuro o margen quedará para el, hasta ahora existente, paternalismo judicial. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

AMADIO, G.: «L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria», *RDC*, 2020, núm. 1, pp. 13-42.

Revisión doctrinal crítica de la jurisprudencia tradicional en materia de partición hereditaria: objeto de la partición y efectos. (*M. R. D. R.*)

CINQUE, M.: «L'eredità digitale alla prova delle riforme», *RDC*, 2020, núm. 1, pp. 72-100.

Reflexión sobre los derechos hereditarios sobre el patrimonio digital. Revisión de la materia ante la peculiaridad de los bienes digitales. (*M. R. D. R.*)

ROMAGNO, G.: «Volontà testamentaria e tutela del credito: le ragioni di una preferenza», *RDC*, 2020, núm. 2, pp. 335-358.

Análisis de la protección de los derechos de los legitimarios frente a la voluntad del testador. (*M. R. D. R.*)

VARIA

CASTETS-RENARD, C.: «Le libre blanc de la Commission européenne sur l'intelligence artificielle vers la confiance?», *RDS*, 2020, núm. 15, pp. 837-842.

El gran desarrollo técnico de la inteligencia artificial choca con el poco desarrollo jurídico hasta ahora. El autor analiza el libro blanco europeo sobre el tema. (*R.A.R.*)

CASTETS-RENARD, C.: «Comment construire une intelligence artificielle responsable et inclusive?», *RDS*, 2020, núm. 4, pp. 225-230.

La llegada de la inteligencia artificial y su utilización en todos los ámbitos de la vida, ha llevado a su estudio jurídico, dadas las grandes novedades que plantea dicha técnica. (*R.A.R.*)

GODEFROY, L.: «Étique et droit de l'intelligence artificielle. Osmose ou symbiose?», *RDS*, 2020. Núm. 4, pp. 231-236.

La inteligencia artificial puede producir daños o alterar los valores actuales por lo que puede chocar con la ética cotidiana. El autor atiende a la posible unión o no de ambos. (*R.A.R.*)

GIRARD-GAYMARD, T.: «Les influenceurs et le droit», *RDS*, 2020, núm. 2, pp. 92-100.

La actividad de los influencers es cada vez mayor y muchas veces choca con determinados aspectos jurídicos. El autor analiza la relación de tal actividad con el ordenamiento jurídico. (R.A.R.)

SIEMS, M.: «The Power of Comparative Law: What Types of Units Can Comparative Law Compare?», *Am. J. Comp. L.*, 2019, vol. 67, núm. 4, p. 861-888.

El artículo se pregunta y analiza sobre hasta dónde puede abarcar el contenido de la comparación jurídica y sus posibles extensiones en nuevos ámbitos relativos a la historia del derecho, la sociología, los aspectos culturales o el derecho internacional. Para esto se hacen referencias a algunas metodologías de la comparación jurídica y se realiza un estudio de factibilidad valorándose si el fin del derecho comparado puede cambiar en futuro (A.F.)

TURTON, G.: «Causation and Risk in negligence and Human Rights Law», *C. L. J.*, 2020, vol. 79, núm. 1, pp. 148-176.

Se constata como el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al derecho a la vida puede analizarse bajo diferentes enfoques, entre los cuales la causalidad y la negligencia. Para esto se analizan los aspectos jurisprudenciales, tomando como referencia para el análisis la sentencia *Smith v Chief Constable of Sussex Police*. (A.F.)

VVAA: «Chronique de Coronavirus», *RDS*, 2020, núm. 14, pp. 777-788.

Medidas de carácter penal, de procedimiento civil y para las empresas en dificultades ante la crisis sanitaria en Francia. (R.A.R.)

ZVI, S. R./ SCHWINN, R.: «An Empirical Study of 225 Years of Copyright Registrations», *Tul. L. Rev.*, 2020, vol. 94, núm. 5, pp. 1003-1084.

Estudio empírico y estadístico que recopila las inscripciones de los derechos de autores (*copyright*) en los Estados Unidos desde 1790 hasta 2015, sistematizándose en cinco períodos. (A.F.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BORGA, N.: «L'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises: interrogations à venir!», *GP*, 2020, núm. 14, pp. 19-22.

La ordenanza 2020-341 de 27 de marzo ha adaptado temporalmente el derecho de sociedades para intentar responder a la crisis económica. La derogación de reglas habituales ante estas nuevas circunstancias es excepcional pero la normativa de la ordenanza plantea muchos interrogantes. (R.A.R.)

TEBOUL, G.: «Covid-19 et nouvelles mesures pour les entreprises en difficulté: une tapisserie de Pénélope?», *GP*, 2020, núm. 20, pp. 19-22.

Modificación de la ordenanza 2020-341 de 27 de marzo ante los defectos que tiene por la ordenanza 2020-596 de 20 de mayo, intentado dar mayor coherencia al derecho de sociedades. (R.A.R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

BAROIN, E.: «Adaptation du droit des sociétés à l'état d'urgence sanitaire: les obligations relatives aux comptes sociaux», *GP*, 2020, núm. 16, pp. 21-24.

Abundancia normativa mediante la forma de ordenanzas ante la crisis sanitaria del COVID-19 en Francia, todas ellas basadas en la Ley de 23 de marzo de 2020. Entre ellas, destaca la ordenanza 2020-318 de 25 de marzo que regula las practicas del derecho de sociedades y de los contables en cuanto a aus obligaciones habituales relativas a las cuentas sociales. (R.A.R.)

KILGUS, N./DE RAVEL D'ESCLAPON, T.: «Le droit de l'usufruitier de participer aux décisions collectives: quelques interrogations au lendemain de la loi Soihli du 19 juillet 2019», *RDS*, 2020, núm. 7, pp. 398-404.

Ante la reforma del derecho de sociedades francesas con la Ley de 19 de julio de 2019 los autores se plantean la extensión de las facultades del usufructuario de participaciones sociales en las decisiones colectivas de la sociedad. (R.A.R.)

MAGNIER, V.: «Le lanceur d'alerte-actionnaire ou mandataire social, un acteur "stratégique" de la gouvernance des sociétés», *RDS*, 2020, núm. 23, pp. 1307-1312.

El desarrollo de la vida de la sociedad exige un sujeto que le permita su gestión y gobierno. El autor se plantea la figura del mandatario social. (R.A.R.)

MUCCIARELLI, F.: «Doveri degli amministratori di società in crisi, lex concursus e sovranità nazionale», *NLCC*, 2020, núm. 3, pp. 698-739.

Reflexión sobre las obligaciones de los administradores de empresas en momentos de crisis económica y el nuevo artículo 2086, 2 del Código Civil. Evolución jurisprudencial. (M. R. D. R.)

RUSO, L.: «La direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura», *RDC*, 2019, núm. 6, pp. 1°1418-1446.

Análisis de la Directiva 2019/633 sobre práctica desleal en el mercado agrícola. Bases esenciales de armonización: ámbito objetivo y subjetivo de aplicación. (M. R. D. R.)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

CIAN, M.: «Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto», *NLCC*, 2019, núm, 5, pp. 1160-1176.

Obligaciones de los administradores en situaciones de crisis societarias: gestión de la crisis e intereses prioritarios. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

SÉJEAN, M.: «La cyberassurance, un contrat encore méconnu dans les entreprises», *GP*, 2020, núm. 17, pp. 10-17.

Casos de seguro por siniestros provocados por ciberataque, cuando el cliente dispone de más de 100 millones de dólares en pérdidas, rechazados por el asegurador en Estados Unidos, considerando que se trata de un caso de guerra sobre el ciberespacio. Un ciberseguro es indispensable hoy para las empresas, si bien el caso que trata el autor pone de relieve las dificultades de su contratación. (*R.A.R.*)

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law.
C. L. J.	Cambridge Law Journal.
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone.
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore.
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review.
MLR	Modern Law Review.
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDI	Revue de Droit Immobilier.
RDS	Recueil Dalloz Sirey.
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur.
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
SJ	La Semaine Juridique.
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2019

Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS (Dir.). Ramón CASAS VALLÉS (Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona). Carla MARTÍNEZ CASTRO (Magistrada. Profesora Escuela Judicial). Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS (Magistrada. Profesora Escuela Judicial)¹

INTRODUCCIÓN

En el transcurso del año 2019, el Tribunal Constitucional ha dictado importantes sentencias en materia civil y procesal-civil. Algunas de ellas analizan instituciones o figuras jurídicas de relevancia en el ámbito del derecho privado. Otras se refieren de forma tangencial a cuestiones sustantivas del derecho civil. Y un último grupo de resoluciones analizan aspectos con especial trascendencia en los procedimientos declarativos o sumarios.

Estos parámetros han constituido el punto de partida para definir y enmarcar en esta edición la selección de reseñas que a continuación se relacionan y que en esta ocasión giran en torno a las siguientes materias o bloques temáticos:

– Sobre los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, contamos con tres sentencias.

Dos de ellas tratan sobre el alcance de la libertad de información, en asuntos de relevancia pública o social. En concreto, acerca de sus límites: de un lado, la veracidad y la relevancia de esta información en la difusión de un hecho noticioso de relevancia pública (STC 24/2019); y, de otro, los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen en un reportaje televisivo de imágenes captadas mediante cámara oculta (STC 25/2019).

¹ Ramón Casas Vallés (sentencias 7/2019, 24/2019, 25/2019 y 99/2019). Carla Martínez Castro (sentencias 31/2019, 34/2019, 64/2019, 122/2019, 146/2019 y 148/2019). Rosa M. Méndez Tomás (sentencias 2/2019, 5/2019 –con breve reseña de las SSTC 4, 8, 13 y 21, todas ellas del año 2019–, 32/2019, 79/2019, 108/2019, 116/2019 y 132/2019).

La tercera sentencia se centra en un aspecto muy concreto: la libertad de expresión de los trabajadores y su alcance cuando se trata de manifestaciones vertidas fuera del ámbito de actuación de la empresa, pero con relación a su actividad laboral en la misma (STC 146/2019).

– El derecho a la intimidad, en este caso de los menores o de las personas con la capacidad modificada judicialmente, también es objeto de análisis en dos importantes sentencias. La primera se dicta a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia sobre la forma en que deben documentarse las exploraciones de los menores en los procedimientos de familia (STC 64/2019). En la segunda, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Tribunal Supremo en el marco de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Concretamente, se cuestiona la restricción de la legitimación a los mayores de edad para la rectificación registral de la mención de su nombre y sexo (STC 99/2019).

– El desarrollo del derecho de igualdad y el principio de no discriminación tiene su reflejo en las SSTC 2/2019 y 108/2019, sobre los permisos y otras prestaciones por maternidad o paternidad y sobre el acceso a la función pública de mujeres en situación de baja por maternidad, respectivamente.

– El alcance y, en especial, los límites de la propiedad también han tenido un fuerte protagonismo en distintas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el 2019, ya sea con relación a la función social de aquel derecho en materia tributaria (STC 4/2019) o con base a parámetros de utilidad pública como garantías del procedimiento expropiatorio (STC 116/2019).

– La vivienda, como uno de los ejes de la política social, es objeto de tratamiento en varias resoluciones del Alto Tribunal. La mayoría de estas sentencias han tenido una importante trascendencia procesal, bien por validar el juicio sumario de recuperación de las viviendas ilegalmente ocupadas que fue introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil en julio de 2018 (STC 32/2019), bien por analizar normas autonómicas de naturaleza procesal y su posible invasión en la competencia general que corresponde al Estado en cuestiones como lanzamientos, mediación, embargos de prestaciones sociales o la cesión de viviendas desocupadas (SSTC 5/2019, 8/2019, 13/2019 y 21/2019).

– También con relación al contraste entre competencias estatales y autonómicas, pero esta vez en el ámbito del derecho civil sustantivo, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. Y así, parte del régimen de obligaciones y contratos incorporado en el Código Civil de Catalunya dio lugar al dictado de una sentencia que no ha dejado a nadie indiferente (STC 132/2019). Lo mismo puede decirse de la regulación que dicho Código dedica a las disposiciones post mortem del patrimonio digital de una persona y al Registro electrónico de voluntades digitales, objeto de análisis en la STC 7/2019.

– Las especies cinegéticas y el régimen de imputación de responsabilidad por los daños causados vuelve a ser de actualidad (STC 79/2019).

– Entrando ya exclusivamente en el terreno del derecho procesal, si bien centrándonos en el ejercicio de acciones de naturaleza civil, veremos sentencias que: Recuerdan la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en este caso con relación al control judicial de las cláusulas eventualmente abusivas incorporadas en contratos de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores (STC 31/2019); Declaran la inconstitucionalidad de aquellos preceptos de nuestra Ley procesal que impiden la revisión judicial de los Decretos dictados por los Letrados de la Administración de Justicia en los procedimientos de jura de cuentas

(SSTC 34/2019, 47/2019, 49/2019 y 93/2019); Delimitan la condición de tercero en el procedimiento de ejecución a efectos de subasta (STC 148/2019); E insisten en la trascendencia del primer acto de comunicación o emplazamiento, que debe ser personal y no por medio de una dirección electrónica (STC 122/2019; en idéntico sentido SSTC 6/2019, 47/2019, 102/2019, 129/2019 y 150/2019).

– Por último y aun cuando no han sido objeto de reseña en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias durante el 2019 que mantienen una doctrina ya consolidada en materia procesal: límites a los emplazamientos por edictos (STC 123/2019) y actos de comunicación (STC 6/2019); legitimación activa de las asociaciones (STC 121/2019); concesión del beneficio de asistencia jurídica gratuita (SSTC 101/2019 y 119/2019), incidente de nulidad de actuaciones frente a resoluciones judiciales no dictadas en única o última instancia (STC 112/2019); plataformas electrónicas y tramitación procesal (STC 55/2019); y competencias autonómicas en materia procesal (STC 48/2019).

STC 2/2019, 14 de enero.

RA: Desestimado.

Ponente: Narváez.

Conceptos: Permiso de maternidad y paternidad. Finalidad. Derecho de igualdad y de no discriminación. Conciliación de la vida familiar y laboral. Principio de protección de la familia.

Preceptos de referencia: Arts. 14, 24 y 39 CE.

Otras sentencias relacionadas: SSTC 111/2018, de 17 de octubre, 117/2018, de 29 de octubre y 138/2018, de 17 de diciembre.

Resumen: La distinta duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la normativa aplicada en las resoluciones impugnadas en amparo no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). Este principio «no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica».

1) *Antecedentes del caso.*– Como ocurrió en el caso examinado en la STC 117/2018, de 29 de octubre², nuevamente, un padre y una asociación, que tiene por objeto la igualdad de permisos de nacimiento y adopción, presentan ante el Juzgado de lo Social 1 de Bilbao una demanda contra el INSS por la que solicitan que se reconozca el derecho del demandante a la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad. Proponían, además, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda por similares argumentos a los analizados en la sentencia de anterior referencia. Y así, entendía que el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en relación con su duración no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación, alegados por la parte demandante. Añade que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido considerando que se trata

² STC 117/2018, de 29 de octubre, reseñada en ADC, Tomo LXXII, 2019, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pp. 1461-1515.

de una diferenciación legítima conforme a la normativa comunitaria, por lo que considera que no procede plantear la cuestión prejudicial. Contra esa Sentencia los demandantes interpusieron recurso de suplicación, que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Del mismo modo que en casos precedentes y prácticamente idénticos, los demandantes recurren en amparo por considerar, de un lado, que se ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE); así como el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE). Por otra parte, entiendo lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al no argumentar el Juzgado los motivos por los que decide no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Añaden que las dos sentencias impugnadas limitan el derecho a la prueba y que la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no justifica debidamente la razón por la que no aceptó la revisión de hechos probados interesada en el recurso de suplicación.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:

– La Letrada de la Administración de la Seguridad Social interesa la denegación del amparo toda vez que la equiparación de la prestación de paternidad con la de maternidad en orden a su duración exigiría una modificación de la normativa aplicable. Por lo demás, considera que no concurre la vulneración de los derechos constitucionales alegados por los recurrentes, ya que la fijación de una distinta duración de los permisos de maternidad y de paternidad no supone vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. Añade que la regulación española en esta materia tampoco contradice el Derecho de la Unión Europea.

– El Ministerio Fiscal solicita que se desestime el recurso de amparo. En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, considera que no deben estimarse las quejas del recurrente relativas a la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial y al derecho a la práctica de prueba. En lo relativo al resto de derechos fundamentales que se dicen vulnerados, entiende que las normas legales aplicables al caso examinado son muy claras y no presentan ninguna duda interpretativa, por lo que las sentencias impugnadas no han obviado en su análisis los derechos en juego, analizando la posible afectación del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como tampoco el mandato de protección de la familia (art. 39 CE), del que derivaría el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, teniendo asimismo en cuenta la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea. Añade que, en cualquier caso, esa diferencia de trato en cuanto a las prestaciones por maternidad y paternidad está plenamente justificada.

3) *Posición del Tribunal.*—Con mención expresa de las Sentencias del Pleno del Tribunal núm. 111/2018, de 16 de octubre y la mencionada STC 117/2018, de 29 de octubre, dada su identidad fáctica y jurídica al resolver sobre un planteamiento muy similar, en sentido desestimatorio, el Tribunal insiste y se remite expresamente a la doctrina mantenida entonces, que principalmente dejaba sentado que las resoluciones impugnadas se limitan a

aplicar en sus propios términos la legislación vigente a la fecha del hecho causante.

Normativa que, además, puede considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el artículo 14 CE, ya que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Y así, en el supuesto examinado ocurre que la finalidad que persigue el legislador es distinta en atención a que se trate de la madre o del padre. En el caso de la madre, la finalidad primordial es la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio, y en el caso del padre se trata de fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

Añade el tribunal que dicha legislación es respetuosa con los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita de la Sentencia de 19 de septiembre de 2013, caso *BetriuMontull*, C-5/12, apartados 48-50, y de las Sentencias de 12 de julio de 1984, caso *Hofmann*, C-184/83, apartado 25; de 27 de octubre de 1998, caso *Boyley otros*, C-411/96, apartado 40; y de 20 de septiembre de 2007, caso *Kiiski*, C-116/06, apartados 46 y 49.

En consecuencia, el Tribunal considera que la duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo no puede reputarse lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). Todo ello sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social (con cita de las SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE).

4) *Decisión.*—La demanda de amparo debe ser desestimada al no apreciarse vulneración del derecho garantizado por el artículo 14 CE.

STC 5/2019, de 17 de enero.

RI: Estimado parcialmente.

Ponente: González-Trevijano.

Conceptos: Legislación procesal. Medidas urgentes de emergencia social -prestaciones económicas, pobreza energética y acceso a la vivienda-. Bienes inembargables. Suspensión de lanzamientos. Mediación obligatoria. Código de buenas prácticas bancarias. Competencias de las Comunidades Autónomas. Alcance. Doctrina jurisprudencial. Comunidad de Aragón.

Preceptos y normas de referencia: arts. 1, 9, DT 2.^a y 3.^a y D.A. 4.^a del Decreto-Ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda; Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgen-

tes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social; arts. 605, 606 y 607 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil; arts. 149.1.6 y 149.1.13 CE; y arts. 71 y 72 Estatuto de Autonomía de Aragón.

Resumen: El Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 1 (regulador del carácter inembargable de las prestaciones económicas de carácter social establecidas por la Comunidad Autónoma de Aragón) y de las disposiciones transitoria tercera (por conexión) y adicional cuarta, apartados uno, dos y tres (mediación hipotecaria obligatoria) del Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.

1) *Antecedentes del caso.*—La Presidenta del Gobierno en funciones, a través del Abogado del Estado, plantea recurso de inconstitucionalidad frente a los artículos 1, 9 y 12, DT 2.^a y 3.^a y D.A 4.^a del Decreto-Ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.

Para una mejor contextualización del alcance del recurso, en este punto debe precisarse que el art. 1 impugnado [y la D.T. 3.^a por conexión] se refiere a la inembargabilidad de prestaciones económicas de carácter social establecidas por la Comunidad Autónoma; el art. 9 [y la D.T. 2.^a por conexión] regula la suspensión de lanzamientos de la vivienda habitual de personas o unidades de convivencia en situación de especial vulnerabilidad; el art. 12 impone a las personas jurídicas un deber de cesión de viviendas desocupadas a cambio de una determinada contraprestación; y la D.A. 4.^a prevé que las medidas del código de buenas prácticas previstas en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, se desarrollen dentro del sistema de mediación hipotecaria implantado por la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Gobierno del Estado considera, en suma, que el Decreto-Ley impugnado menoscaba, de un lado, las competencias estatales del artículo 149.1.11 y 13 CE, impidiendo la eficacia de las medidas adoptadas por el Estado en distintas normas dictadas en orden a afrontar el problema de la vivienda y la reestructuración inmobiliaria y financiera. Se cita a estos efectos la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 93/2015, de 14 de mayo, dictada en el examen de una norma similar a la ahora impugnada. De otro, se alega que el mencionado Decreto-Ley 3/2015 vulnera las competencias derivadas de los incisos 1, 6 y 8 del art. 149.1 CE.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:*

— En concreto y en lo que respecta a los artículos y disposiciones del Decreto-Ley impugnados, la argumentación del recurrente es, en síntesis, la siguiente: 1) El art. 1 vulnera la competencia estatal exclusiva en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), en virtud de la cual corresponde al Estado la determinación de los bienes que tienen la consideración de inembargables, tanto en los procedimientos judiciales como administrativos; 2) Del mismo modo y en estrecha relación, la DT 3.^a debe ser declarada

inconstitucional por establecer el régimen de aplicación del artículo 1 con carácter retroactivo; 3) El art. 9 y la DT 2.^a introducen un supuesto especial de suspensión automática e incondicionada del lanzamiento en los procesos de ejecución hipotecaria, distinta de la prevista en la legislación estatal; 4) El art. 12 impone el deber de cesión de viviendas, lo que conlleva, de un lado, una infracción del artículo 149.1.1 en relación con el art. 33 CE, al incidir en el contenido esencial de derecho de propiedad, cuya regulación corresponde al Estado de acuerdo con el artículo 149.1.1 CE. De otro, infringe el art. 33 CE en relación con los arts. 53.1 y 9.3 CE, que establecen el principio de reserva de ley, al disponer que la determinación de la contraprestación que percibirá el titular de la vivienda desocupada, a quien se impone la obligación de su puesta a disposición de la Comunidad Autónoma, se efectuará a través de una norma con rango de orden; 5) Por lo demás y también con relación al art. 12 del Decreto-Ley 3/2015, se alega que la privación de una facultad integrante del poder de disposición que comporta el concepto de propiedad, vinculada al concepto indemnizatorio, participa de la naturaleza de un procedimiento expropiatorio, el cual se integra en el ámbito de la competencia estatal del artículo 149.1.18 CE; 6) Por otra parte, la cesión obligatoria prevista en dicho precepto tiene carácter civil, por lo que se vulnera la competencia exclusiva del Estado al amparo del artículo 149.1.8 CE; 7) Del mismo modo, la medida adoptada en el art. 12, de constante referencia, vulnera el principio de proporcionalidad e infringe las competencias estatales en materia de ordenación general de la economía y del crédito; 8) Estima el recurrente que, además, se produce una vulneración del artículo 14 CE, en la medida en que las obligaciones reguladas en el citado art. 12 del decreto-ley se conciben únicamente respecto de determinadas personas jurídicas; 9) Finalmente, en relación con la disposición adicional cuarta, afirma el Abogado del Estado que la misma altera el régimen jurídico establecido por el Estado, al exigir que las medidas del código de buenas prácticas previstas en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, se desarrollen dentro del sistema de mediación hipotecaria implantado por la Comunidad Autónoma de Aragón, menoscabando con ello la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.13 CE.

Como denominador común, sostiene el recurrente en su fundamentación que, en el caso que se examina, los preceptos y disposiciones impugnadas no encuentran justificación en un pretendido desarrollo del derecho civil especial aragonés, ni cabe hablar de conexión entre instituciones civiles aragonesas.

– La Letrada que ostenta la representación del Gobierno de Aragón, tras indicar que las actuaciones y medidas estatales adoptadas desde el año 2012 por el Estado, dirigidas a afrontar el problema de la vivienda, resultan compatibles con las medidas que, en el ámbito de sus competencias, adopta la Comunidad Autónoma de Aragón, formuló, también en síntesis, las siguientes alegaciones: 1) El art. 1 y la DT 3.^a encuentran amparo en las competencias exclusivas que ostenta la Comunidad de Aragón sobre el derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo de Aragón [art. 71.1.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr)], y en materia de acción social (art. 71.1.14 EAAr); por otra parte, los arts. 605 y 606 LEC contemplan la posible ampliación de los supuestos de inembargabilidad en virtud de la cláusula de remisión a lo que disponga una «disposición legal» o una «Ley», sin que quepa afirmar que la misma haya de ser forzadamente estatal; 2) El art. 9 y la DT 2.^a no constituyen un nuevo instrumento procesal, sino que acogen el mecanismo de suspensión de lanzamientos adoptado por

la legislación estatal; 3) El art. 12 no altera el contenido esencial del derecho de propiedad, pues el derecho de propiedad de la vivienda no queda desnaturalizado por su destino a arrendamiento (o título similar); 4) La invocada vulneración del artículo 33 CE, en relación con los artículos 53.1 y 9.3, relativos al principio de reserva de ley, no puede acogerse porque la cesión de viviendas a la Comunidad Autónoma no constituye una modalidad de expropiación forzosa; 5) No se ha producido una vulneración del principio de proporcionalidad, por cuanto la causa que provoca la medida adoptada debe considerarse razonable a la vista de las circunstancias sociales y económicas derivadas de la crisis generalizada; 6) Por último, la DF 4.^a se acomoda a lo establecido en la legislación estatal, dado que su finalidad es precisamente la aplicación del código de buenas prácticas, incrementando así su eficacia.

– La Letrada de las Cortes de Aragón, tras plantear la falta de legitimación de la Presidenta del Gobierno en funciones, invoca los siguientes argumentos con relación al fondo del asunto: 1) Las prestaciones económicas, respecto de las que se predica su inembargabilidad, han sido establecidas por la Comunidad Autónoma al amparo de sus competencias exclusivas en materia de acción social (art. 71.4 EAAR) y no constituyen una novedad en el ordenamiento aragonés; 2) La propia Ley de enjuiciamiento civil, en su art. 606.4, permite que la enumeración de bienes inembargables se complete en otras leyes, no debiendo existir impedimento alguno en que éstas puedan ser autonómicas, en la medida en que venga exigido por su conexión con el derecho sustantivo de la Comunidad; 3) El art. 9 y el artículo 12 de la norma aragonesa se enmarcan en el ámbito de las competencias autonómicas exclusivas en materia de vivienda [art. 71.10 a) EAAR], cuyo ejercicio se encuentra condicionado por lo dispuesto en el artículo 47 CE; 4) Se señala, con relación al art. 12, que el único límite que el artículo 33 CE impone al legislador, es que no opere una desnaturalización del derecho de propiedad, ni sobrepase las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades que le son propias dejarían de ser reconocibles, lo que no acontece en este caso. Y así, no se produce, como afirma el Abogado del Estado, una transferencia coactiva y temporal de la titularidad de la vivienda, que resta inalterada; 5) Se rechaza la alegada vulneración de la competencia estatal en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE), por estimar que el Gobierno de Aragón no está operando una delimitación del derecho de la propiedad desde una perspectiva civil, sino desde el derecho público, al amparo de su competencia exclusiva en materia de vivienda; 6) El artículo 12 no incumple los principios constitucionales de proporcionalidad y de igualdad; y 7) Finaliza la Letrada alegando que la D.A. 4.^a se limita a introducir una especialidad procesal que deriva del derecho sustantivo autonómico, consistente en incluir la aplicación del código de buenas prácticas, regulado por la normativa estatal, en el sistema de mediación hipotecaria de la Administración autonómica, moviéndose dentro de los márgenes que le permite su competencia ex artículo 72. 3 EAAR. La particularidad procesal consiste en imponer la figura de un mediador derivado de su existencia en el derecho aragonés sustantivo.

– En un trámite posterior, el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, formula solicitud de desistimiento de la impugnación dirigida contra el art. 12 del Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda, tras el acuerdo alcanzado en la comisión bilateral de cooperación Aragón-Estado, de 19 de noviembre de 2018.

3) *Posición del Tribunal.*—Con carácter previo, el Tribunal precisa y aclara que, tras el desistimiento parcial del Abogado del Estado, el objeto del recurso se limita al examen de los arts. 1 y 9, D.T. 2.^a y 3.^a y DA 4.^a del Decreto-ley 3/2015, de constante referencia.

Por lo demás y antes de proceder al análisis de las cuestiones de fondo planteadas, resuelve las alegadas de naturaleza procesal. Y así, confirma la legitimación de la Vicepresidenta del Gobierno, con cita de la STC 97/2018, de 19 de septiembre. Precisa que la promulgación de determinadas normas que han venido a modificar o a ampliar la ahora cuestionada y examinada, no supone la desaparición sobrevenida del objeto de este proceso constitucional. Por último, advierte que va a tomarse en consideración la doctrina sentada en las sentencias dictadas con ocasión de la impugnación de otras normas autonómicas en materia de vivienda (SSTC 93/2015, de 14 de mayo; 16/2018, de 22 de febrero; 32/2018, de 12 de abril; 43/2018, de 26 de abril; 80/2018, de 5 de julio; 97/2018, de 19 de septiembre, y 106/2018, de 4 de octubre).

Entrando de lleno en la cuestión planteada y tras descartar con carácter general que el Decreto-Ley impugnado incurra en una genérica vulneración de la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE, con remisión a la doctrina recogida en las SSTC 16/2018, 32/2018, 43/2018 y 80/2018, el Tribunal analiza la constitucionalidad de los preceptos finalmente cuestionados, conforme al orden que va a seguirse en los siguientes apartados.

4) *La inembargabilidad de prestaciones económicas de carácter social establecidas por la Comunidad Autónoma.*—A esta situación se refiere el art. 1 del Decreto-Ley 3/2015 y su D.T. 3.^a. Partiendo de que constituye una materia relativa a la legislación procesal, en lo que están conformes las partes, el Tribunal analiza la cuestión planteada en el ámbito del art. 149.1.6 CE, a los efectos de valorar si, como excepción a la regla general de competencia exclusiva estatal, las normas cuestionadas, de naturaleza procesal, constituyen especialidades necesarias derivadas de las particularidades del derecho sustantivo de Aragón (art. 71.1.3 EAAR).

El Tribunal traslada en este punto su propia doctrina, recogida en la STC 2/2018, de 11 de enero, FJ 4. En concreto, analiza y aplica al caso examinado los tres parámetros que deben cumplirse para determinar que una norma autonómica constituye una necesaria especialidad procesal. Esto es: «primero, ha de determinarse cuál es el derecho sustantivo autonómico que presenta particularidades; segundo, hay que señalar respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predicán las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador autonómico; y, finalmente, ha de indagarse si, entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico en la norma impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales». Concluye en este caso considerando que, al margen de que la norma autonómica no introduce propiamente una especialidad, sino que modifica una categoría jurídica procesal —bienes inembargables— ya regulada en la norma estatal, esa modificación —ampliación en este caso— no se conecta de forma directa con una peculiaridad del derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma.

En consecuencia, el art. 1 Decreto-Ley 3/2015, regulador del carácter inembargable de las prestaciones económicas de carácter social establecidas por la Comunidad Autónoma de Aragón, debe ser declarado inconstitucional y, por extensión, la D.T. 3.^a, dado su carácter instrumental.

5) *La suspensión de lanzamientos de la vivienda habitual de personas o unidades de convivencia en situación de especial vulnerabilidad.*—El art. 9.1 del Decreto-Ley 3/2015 prevé que «Hasta que se ofrezca una alternativa habitacional por parte de la administración, quedarán en suspenso los lanzamientos en los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria cuando la vivienda habitual de persona o unidad de convivencia de buena fe que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad se adjudique al acreedor o a un tercero por él propuesto». Los otros dos apartados del precepto regulan, de un lado, los parámetros a tener en cuenta para considerar que concurre una situación de especial vulnerabilidad, haciendo referencia, con carácter de mínimos, a los supuestos previstos en la Ley 1/2013, de 14 de mayo; y, de otro, la forma de acreditar dicha situación. Por lo demás, la DT 2.ª dispone a qué procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria afectará dicha suspensión, con base a criterios de temporalidad.

El Tribunal, tras recordar la posición adoptada por las partes sobre la vulneración denunciada por el Abogado del Estado y precisar que la mencionada suspensión del lanzamiento en un proceso de ejecución hipotecaria, que puede prolongarse durante años, es una medida que tiene entidad suficiente para influir en el funcionamiento de los mercados hipotecarios y, por tanto, tiene una clara vinculación con el ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE, considera que es preciso comprobar si las medidas previstas en la normativa estatal básica (Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) resultan obstaculizadas por el contenido normativo de los preceptos impugnados.

Pues bien, según el Alto Tribunal, la medida adoptada en el artículo 9 del Decreto Ley de constante referencia, «es coherente y no contradice las previstas en la legislación estatal». Ambas normas atienden a la misma situación, van dirigidas a los mismos sujetos y comparten el mismo presupuesto fáctico. Se trata, en palabras del propio Tribunal, de «simples modificaciones o correcciones en función del título competencial autonómico en materia de vivienda» (con cita de la STC 93/2015), las cuales son susceptibles de una interpretación integradora y conforme con lo señalado en la normativa estatal aplicable.

En consecuencia, el art. 9 Decreto-Ley 3/2015, y la D.T. 2.ª por conexión, no puede entenderse contrario a las directrices estatales sobre la política económica ni vulnera el art. 149.1.6 CE.

6) *El código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo).*—La D.A. 4.ª del Decreto-Ley 3/2015, también impugnada, prevé que la aplicación de las medidas previstas en el citado código «se desarrollarán dentro del sistema de mediación hipotecaria que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y otras Administraciones Públicas aragonesas hayan implantado». A tal efecto, la entidad financiera deberá solicitar la inclusión del asunto en el sistema de mediación hipotecaria y presentar ante el órgano judicial competente el documento que acredite el cumplimiento del mencionado código. En definitiva y como expresa el Tribunal, para el ejercicio de la acción en el proceso judicial de ejecución hipotecaria, se impone obligatoriamente un proceso negociador entre las partes afectadas con el apoyo de mediadores del sistema público.

A diferencia de lo acaecido en el supuesto examinado en la STC 102/2018, de 4 de octubre, y de forma similar a lo analizado en la STC 54/2018, de 24 de mayo, el sistema de mediación regulado en la D. A. 4.^a del Decreto-Ley 3/2015, de carácter imperativo, se alza como presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, lo que «resulta incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias, al invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), de acuerdo con la doctrina recogida en la STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4».

A estos efectos, recuerda el Tribunal que «Las Comunidades Autónomas pueden regular procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, como es el caso de la mediación, en relación con materias de su competencia, siempre que se respeten determinadas condiciones, entre las que se incluye la nota de la voluntariedad, en el sentido de que no exista un sometimiento obligatorio a dicho procedimiento –es decir que ni el deudor ni los acreedores estén constreñidos a seguirlo a instancia de la otra parte–, lo que no concurre en el supuesto examinado, en el que se impone dicha alternativa.

Por lo expuesto, declara inconstitucional la D.A. 4.^a, en sus apartados 1, 2 y 3.

7) *Decisión.*—Finalmente y en lo que respecta al conjunto del recurso, el Tribunal únicamente declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 1 y de las disposiciones transitoria tercera y adicional cuarta, apartados uno, dos y tres, del Decreto-Ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda.

Pueden verse a continuación breves reseñas de las SSTC 8/2019, de 17 de enero, 13/2019, de 31 de enero y 21/2019, de 14 de febrero, que abordan similar problemática, así como una resolución que recuerda la función social del derecho de propiedad, incluso con relación a una materia estrictamente tributaria (STC 4/2019, de 17 de enero).

8) *Referencia a otras sentencias sobre la misma temática dictadas en 2019.*—Tal como ha habido ocasión de señalar, este mismo año 2019 el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con referencia a otras leyes autonómicas en las que se habían adoptado medidas similares a las del Decreto-Ley de Aragón o con relación al mismo ámbito de actuación –vivienda y pobreza energética–. En todas ellas se analizan normas autonómicas de naturaleza procesal y su posible invasión en la competencia general que corresponde al Estado en esta materia.

Además, con relación a las viviendas desocupadas, se ha incorporado en primer lugar, para un mejor orden cronológico, una resolución que, como apuntábamos, gira en torno a la función social del derecho de propiedad en materia tributaria.

a) *STC 4/2019, de 17 de enero. Ponente Montoya. RI (desestimado) contra diversas disposiciones de la Ley catalana 14/2015, 21 de julio, del Impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012.*—En esta sentencia resulta de interés la referencia a la función social de la propiedad desde una perspectiva fiscal. Y así, según la Ley reguladora del impuesto sobre las viviendas vacías que es objeto de análisis, este tributo «grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente» (art. 1). Esto es, configura como hecho

imponible «la desocupación permanente de una vivienda durante más de dos años sin causa justificada». Causas que la Ley se encarga de relacionar, junto con las exenciones, tanto subjetivas como objetivas. Por lo demás, se menciona el carácter finalista de dicho tributo autonómico, ya que su recaudación queda afectada a actuaciones en materia de vivienda en los municipios donde se sitúan las viviendas desocupadas (art. 3 de la Ley 14/2015).

Frente a esta normativa, la Abogada del Estado, actuando en representación del Presidente del Gobierno, interpone recurso de inconstitucionalidad. Concretamente, impugna los artículos 1, 4, 9.1, 11 y 12 de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012, por considerar que vulneran el art. 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en relación con los tributos locales, y específicamente, con el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI). Sostiene que el hecho imponible del tributo autonómico que se impugna coincide con el del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), como sucede también con los sujetos pasivos de ambas figuras.

La representación procesal de la Generalitat y la del Parlamento de Cataluña interesan la desestimación del recurso por considerar que los preceptos recurridos se ajustan a la competencia de dicha Comunidad para establecer sus propios tributos, dada la finalidad extrafiscal del tributo controvertido, que es aumentar la oferta de vivienda en alquiler.

El Tribunal Constitucional, tras recordar que lo vedado por el art. 6, apartados 2 y 3 LOFCA es la coincidencia entre hechos imponibles, estima necesario atender a los elementos esenciales de los tributos que se confrontan —en este caso IBI e impuesto sobre viviendas vacías—, para determinar en qué forma la fuente de capacidad económica es sometida a gravamen en la estructura del tributo. Señala el Tribunal que entre esos elementos a comparar se encuentra la posible concurrencia de fines extrafiscales en el conjunto del tributo o en alguno de sus elementos centrales (con cita de la STC 210/2012).

Pues bien, tras sintetizar los elementos definidores de cada figura (IBI e impuesto sobre viviendas vacías) y, en consecuencia, analizar el hecho imponible, sujeto pasivo, devengo, elementos de cuantificación, etc. de ambos tributos, la sentencia analizada concluye considerando que entre el impuesto sobre las viviendas vacías y el IBI se aprecian diferencias sustanciales, que llevan a concluir que no estamos ante tributos «coincidentes» (STC 210/2012, FJ 6) ni «equivalentes» (STC 53/2014, FJ 3) a efectos del artículo 6.3 LOFCA. Añade el Tribunal que tal conclusión no se enerva por la circunstancia de que el artículo 72.4 LHL prevea un recargo en el IBI para viviendas desocupadas. Se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

b) *STC 8/2019, de 17 de enero. Ponente Roca. RI (estimado parcialmente) contra diversas disposiciones de la Ley del Parlamento de Catalunya 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.*—El art. 17 de la ley de referencia, al que se ciñe la impugnación, bajo la rúbrica «Expropiación del uso», prevé (en su primer apartado) la mediación como proceso al que se verán sometidas las partes en aquellas transmisiones de viviendas derivadas de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda, establecidos por la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario, cuando el transmitente o la unidad

familiar que la integra no tenga una alternativa de vivienda propia y se encuentra en riesgo de exclusión residencial.

En el apartado segundo de dicho precepto se regula la comunicación a la Administración competente en materia de servicios sociales, para que emita un informe sobre la existencia de ese riesgo de exclusión residencial o vulnerabilidad.

En el tercer apartado dispone que si el adquirente de la vivienda está inscrito en el registro de viviendas vacías y viviendas ocupadas sin título habilitante, y la vivienda objeto de transmisión reúne determinadas características, las Administraciones públicas pueden ejercer una expropiación del derecho de uso recogido por el artículo 562-1 del Código civil de Cataluña, a favor de las administraciones públicas catalanas, por un período de tres años, al efecto de permitir el realojamiento.

El cuarto apartado determina que el importe de la expropiación temporal se establece por acuerdo de las partes, y, a falta de acuerdo, mediante el expediente de justiprecio que fija el jurado de expropiación de Cataluña.

Por último, el apartado quinto prevé que la resolución de inicio del expediente de expropiación forzosa lleva implícita la declaración de ocupación urgente.

Pues bien, de un lado, el Tribunal Constitucional descarta que los dos primeros apartados del impugnado art. 17 incurran en vulneración de la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE, en aplicación de lo razonado en la STC 102/2018, de 4 de octubre, FJ 6.

No se alcanza la misma conclusión, sin embargo, con respecto a los apartados 3, 4 y 5 del precepto, relativos a la expropiación de uso. Y así, tras recordar el Tribunal que el contenido de estos apartados es similar al de la disposición adicional segunda del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, declarada inconstitucional y nula por la STC 93/2015, a ella se remite, así como a las SSTC 16/2018, FFJJ 12; 13; 32/2018, FJ 5; 43/2018, FJ 4; 80/2018, FJ 3; 97/2018, FJ 5, y 106/2018, FJ 2 c), relativas a otras distintas normas autonómicas que regulaban, en parecidos términos, la expropiación temporal de uso de viviendas incursas en procedimientos de desahucio.

En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 17 de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

c) *STC 13/2019, de 31 de enero. Ponente Ollero. Voto particular Xiol y Balaguer Roca. RI (estimado) contra diversas disposiciones de la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.*—Del mismo modo a lo acaecido en el caso examinado en la STC 5/2019, de 17 de enero, anteriormente reseñada, nuevamente se plantea el Tribunal si la materia regulada en el art. 3 de la Ley 24/2015 («Procedimiento judicial para la resolución de situaciones de sobreendeudamiento»), de naturaleza procesal, invade la competencia general en materia procesal que corresponde al Estado, para concluir considerando que efectivamente es así, toda vez que no ha quedado acreditada una peculiaridad del derecho sustantivo autonómico a la que pudiera asociarse el mencionado precepto, ni tampoco se han razonado cuáles son las especialidades procesales introducidas por el controvertido artículo 3 respecto de la legislación estatal.

Por otra parte, el art. 4 Ley 24/2015 («Extensión de la cancelación del pasivo») y su disposición adicional («Cesión de créditos garantizados con la

vivienda») introducen a juicio del Tribunal, con cita de la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 54/2018, de 24 de mayo, derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, reservadas a la potestad central del Estado.

En consecuencia, se declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 3 y 4 y de la disposición adicional de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

d) *STC 21/2019, de 14 de febrero. Ponente Narváez. Voto particular: Roca y Montoya. RI (estimado parcialmente) contra diversas disposiciones de la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón.*—Con remisión a la doctrina establecida en la STC 5/2019, de 17 de enero³ y sin perjuicio de examinar las novedades que, en su caso, incorporen los preceptos impugnados de la Ley 10/2016, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y carecen de la consideración de subvenciones públicas» del artículo 3; apartados 1 a 4 del artículo 5; el inciso final de la disposición adicional primera («[I]os titulares de las prestaciones inembargables que sean objeto de algún procedimiento de embargo podrán solicitar la asistencia de esta comisión a los efectos de comunicar al órgano emisor de la providencia de embargo su carácter inembargable en toda su extensión, emitiendo certificado de ello»); la disposición transitoria tercera; y los apartados 1, 2 y 3 de la disposición adicional quinta, de la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón.

STC 7/2019, 17 de enero.

RI: Estimado.

Ponente: González. Voto discrepante: Roca.

Conceptos: Competencias estatales en materia de registros públicos.

Registro de voluntades digitales. Naturaleza del Registro. Registros administrativos y registros con efectos civiles. Disposición post mortem del patrimonio digital. El llamado «testamento digital»

Preceptos de referencia: Art. 149.1,8ª CE. Arts. 6, 8, 10 y 11 de la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

Resumen: El TC anula la norma catalana que crea el Registro electrónico de voluntades digitales, al considerar que no se trata de un registro meramente administrativo sino civil y, por tanto, ubicado de pleno dentro de las competencias que, «en todo caso» el art. 149.1,8.ª CE reserva al Estado. El voto particular sostiene, por el contrario, que el registro en cuestión es administrativo y, en consecuencia, la comunidad autónoma habría actuado dentro de sus competencias.

1) *Antecedentes.*—La ley catalana 10/2017 intenta dar solución a algunos problemas derivados de la presencia que, en la actualidad, mantienen

³ V. reseña de la mencionada STC 5/2019, de 17 de enero, en este mismo fascículo.

prácticamente todas las personas en las redes digitales, en mayor o menor grado. Fotografías, grabaciones, correos electrónicos... quedan albergados en servidores y es oportuno aclarar su régimen jurídico cuando el interesado y titular no puede actuar por sí mismo o ya ha fallecido. En este sentido, la expresión «voluntades digitales» puede resultar un tanto equívoca. Pero la cuestión es clara a la vista del contenido de la norma. Como explica su preámbulo, se trata de «gestionar la huella en los entornos digitales» cuando la persona muere (Libro IV del Código civil de Cataluña, CCat, Sucesiones) o bien tiene la capacidad judicialmente modificada (Libro II CCCat, Persona y familia).

El recurso del Gobierno se centra en las reformas introducidas en el Libro IV CCCat. Según las alegaciones de la parte recurrente, los preceptos impugnados permitirían que, cuando alguien no ha otorgado disposiciones de última voluntad (testamento, codicilo o memoria testamentaria), sus voluntades digitales –esto es sus deseos en relación con el destino de su *patrimonio digital*– se plasmen en un documento que produciría efectos civiles, una vez inscrito en el Registro electrónico de voluntades digitales (art. 10 de la Ley 10/2017, nueva DA 3.ª del Libro IV CCCat).

A juicio del Gobierno del Estado, ese *Registro electrónico de voluntades digitales* no sería un registro administrativo, con efectos de mera publicidad, sino «un registro jurídico de derecho civil, que produce efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas» (FJ 1). De este modo, siempre según la parte recurrente, la regulación impugnada habría invadido la competencia exclusiva en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos, que el art. 149.1.8ª CE reserva «en todo caso» al Estado. Abundando en ello añadía el Gobierno que, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y su interpretación jurisprudencial, «las Comunidades Autónomas pueden crear registros administrativos instrumentales que coadyuven al efectivo ejercicio de sus competencias, pero no registros jurídicos de carácter civil, pues la competencia de ordenación de los registros de derecho privado se halla reservada al Estado por el art. 149.1.8 CE. En esta materia, la Generalidad de Cataluña solo tiene atribuida la competencia ejecutiva (art. 147 EAC), que comprende la aplicación o plasmación de los criterios que fije la legislación estatal» (FJ 1).

Frente a estos argumentos, el Parlamento y el Gobierno catalanes sostenían la competencia de la Comunidad Autónoma porque «El Registro electrónico de voluntades digitales creado por la Ley 10/2017, en el que debe inscribirse el documento de voluntades digitales, otorgado en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria, no es, como afirma el recurrente, un registro jurídico de derecho privado, sino un registro administrativo, para cuya creación y ordenación es competente la Comunidad Autónoma de Cataluña». Se trataría, decían, de «un mero instrumento administrativo ligado a una competencia material de la Comunidad Autónoma, creado con el fin de facilitar el conocimiento de las voluntades digitales, dando así respuesta a una demanda creciente en la sociedad» (FJ 1).

2) *Objeto de la controversia y doctrina constitucional sobre competencias en materia de registros públicos.*—La controversia, como es de ver, se centra de forma exclusiva en la naturaleza jurídica –administrativa o civil– del Registro electrónico de voluntades digitales. Planteada la cuestión en estos términos, la sentencia resume ante todo la doctrina del propio TC, según la cual: «los registros públicos a que se refiere el art. 149.1.8 CE, cuya ordenación es competencia exclusiva del Estado, “son los referentes funda-

mentalmente a materias de derecho privado, como se infiere de su contexto y no a otros registros que [...] aunque tengan repercusiones en ese campo del Derecho, tienen por objeto materias ajenas a él” (FJ 3, con cita de la STC 71/1983). El «en todo caso» del art. 149.8ª CE significa que «ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad por invasión de la competencia estatal, proceder a [...] la creación y regulación de registros jurídicos de carácter civil» (FJ 3). Se trata de una materia «enteramente sustraída [...] a la acción normativa de las Comunidades Autónomas, quedando atribuida en plenitud a la legislación del Estado, tanto normas con rango formal de ley como reglamentos» (FJ 3). Ello no impide que las Comunidades puedan asumir la competencia ejecutiva como sucede, en el caso de Cataluña, con el Registro de la propiedad y el Registro civil. Esta competencia ejecutiva puede incluir la aplicación de los criterios de ordenación que fije la legislación estatal, que «podrá tener el grado de exhaustividad que resulte procedente, pudiendo el Estado retener para sí las actuaciones concretas en el ámbito de la coordinación y de la ejecución que resulten necesarias para la adecuada aplicación de dichos criterios» (FJ 3, con cita de la STC 31/2010).

Las Comunidades Autónomas, en cambio, sí tienen competencias normativas para crear registros administrativos, «como instrumentos administrativos ligados a una competencia propia, en la medida en que las competencias autonómicas de que se trate “puedan verse facilitadas mediante la existencia de tales instrumentos de publicidad y de control”» (FJ 3, con cita de la STC 87/1985). Ello no impide, sin embargo, que el Estado ejercite también sus competencias para crear registros administrativos e incluso «es constitucionalmente posible la creación de un registro único para todo el Estado que garantice la centralización de todos los datos a los estrictos efectos de información y publicidad» (FJ 3 con cita de la STC 243/1994).

3) *Naturaleza civil del registro electrónico catalán de voluntades digitales.*—La sentencia recuerda que no se discute la competencia de la Comunidad para regular las voluntades digitales *mortis causa* mediante instrumentos propios de la sucesión testada en el derecho catalán (testamento, codicilo o memoria testamentaria), cosa que hace la Ley 10/2017. La impugnación, precisa, «se refiere únicamente a las previsiones de esa Ley autonómica conforme a las cuales, en defecto de tales instrumentos típicos del derecho sucesorio, pueden ordenarse las voluntades digitales mediante un documento que debe inscribirse para surtir efectos en el Registro electrónico de voluntades digitales creado a tal fin» (FJ 4).

Sería este carácter constitutivo de la inscripción el que pondría de relieve que nos hallamos ante un registro que no es meramente administrativo sino civil. En este sentido, explica la sentencia: «el Registro electrónico de voluntades digitales creado por la Ley 10/2017 no aparece configurado como un mero instrumento registral de carácter administrativo, ligado a la competencia sustantiva en materia de derecho civil que la Comunidad Autónoma tiene estatutariamente asumida (art. 129 EAC), para facilitar el conocimiento de las voluntades digitales. Se trata, por el contrario, de un registro público de derecho privado, en el que han de inscribirse para su validez los documentos de voluntades digitales, en defecto de disposiciones de última voluntad. Los preceptos impugnados de la Ley autonómica 10/2017 permiten a los ciudadanos con vecindad civil catalana (art. 14 del Código Civil y art. 111-3 del primer libro del Código Civil de Cataluña) ordenar el destino de su patrimo-

nio digital en caso de muerte no solo mediante testamento, codicilo o memoria testamentaria, sino también en ausencia de esas disposiciones de última voluntad, por medio del documento de voluntades digitales, que despliega efectos jurídicos sustantivos sobre las relaciones privadas en virtud de su inscripción en el registro creado por la Ley 10/2017 que es objeto del presente recurso» (FJ 4).

La sentencia deja claro que no se pone en cuestión la competencia del legislador catalán para regular la disposición *mortis causa* del patrimonio o huella digital, al amparo de las competencias en materia de «derecho civil privativo de Cataluña», de acuerdo con los arts. 149.1.8ª CE y 129 EAC. El propio legislador estatal así lo reconoce en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, cuyo art. 96 regula el «derecho al testamento digital» haciendo salvedad expresa de los llamados derechos civiles especiales o forales: «Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación» (art. 96.4 LO 3/2018). Pero esa regulación, declara el TC, «no puede extenderse, so pena de incurrir en invalidez, a la creación de un registro de naturaleza civil, como el creado por la Ley 10/2017» (FJ 4).

De todo ello resulta la inconstitucionalidad y nulidad del art. 10 de la Ley 10/2017 (nueva DA 3ª del Libro IV CCCat) y también, por conexión y por los mismos motivos, de los otros tres preceptos impugnados. En primer lugar, el art. 11 y DF 1ª de la Ley 10/2017 (DF 5ª Libro IV CCCat), donde se contempla el desarrollo reglamentario de la normativa del Registro electrónico de voluntades digitales. En segundo lugar, el art. 6 de la Ley 10/2017 (art. 411.10.3.b CCCat), conforme al cual las voluntades digitales pueden ordenarse, «si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, [mediante] un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales». Y en tercer y último lugar, el art. 8 de la Ley 10/2017 (art. 421.24.1 CCCat) en la parte en que dispone «y, en defecto de estos instrumentos [testamento, codicilo o memoria testamentaria], en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales».

4) *Voto discrepante en defensa de la naturaleza administrativa del registro y de la consiguiente competencia de la Comunidad Autónoma.*—La sentencia cuenta con un voto particular discrepante de la magistrada Roca. Coincide con la mayoría en que la controversia es exclusivamente competencial. También comparte los términos en que se plantea: «Es cierto que si se le atribuye [al Registro electrónico de voluntades digitales] naturaleza civil, su creación y regulación es competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los instrumentos y registros públicos (art. 149.1.8 CE); mientras que, por el contrario, si se le atribuye naturaleza administrativa, no existe inconveniente constitucional alguno en que la Generalitat de Cataluña lo articule» (FJ 1). La discrepancia de Roca se refiere precisamente a esta cuestión. A su juicio el repetido registro no sería civil sino meramente administrativo.

La sentencia de la mayoría, explica el voto particular, yerra al poner el acento en el supuesto carácter constitutivo de la inscripción cuando, en realidad, «la naturaleza constitutiva o meramente declarativa de las inscripciones de los hechos, actos y negocios jurídicos no determina ni la naturaleza civil

de los mismos, ni la del registro donde se inscriben» (FJ 2). El voto de Roca resalta asimismo que «son numerosos los actos y negocios jurídicos civiles susceptibles de inscripción en los registros y no por ello tales registros gozan de naturaleza civil, sino que pueden tenerla administrativa» (FJ 4). Yendo aún más allá, el voto particular denuncia también la falta de un canon en la doctrina del TC acerca de «qué debe entenderse como materia civil a los efectos de determinar la naturaleza del registro». La sentencia, señala, «se limita a señalar que su objeto son “las relaciones privadas” (FJ 3), sin tener en cuenta la naturaleza de otros registros creados por leyes civiles, también las catalanas, que requieren de la inscripción de determinados documentos o acuerdos para su validez o inciden directamente sobre las relaciones privadas y que no han sido considerados como registros de naturaleza civil. Esta falta de canon impide, a mi juicio, que se pueda llegar al fallo estimatorio que ha votado este Tribunal» (FJ 4).

Sin perjuicio de lo anterior, quizá la parte más interesante del voto particular sea la que incide en la naturaleza del mal llamado «testamento digital». Es cierto que, a la vista del art. 411-10 CCCat («voluntades digitales en caso de muerte»), cabría pensar que la ley impugnada «faculta al causante para decidir sobre el destino de sus bienes digitales». Sin embargo «si se examina pausadamente la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, se llega fácilmente a la conclusión de que al documento de voluntades digitales, aunque se le denomine «testamento digital», en rigor no es tal y que tan siquiera se trata de un tipo de testamento o de un testamento especial». Y prosigue: «creo que puede afirmarse que el documento de voluntades digitales al que se refiere la norma impugnada no contiene una verdadera ordenación de la sucesión, tan siquiera de los materiales o archivos digitales del causante, que con independencia del soporte digital en el que se encuentran, en todo caso forman parte del caudal hereditario y son objeto de la sucesión. Lo que en realidad recoge el documento es la voluntad del fallecido respecto a la realización de actividades muy concretas que están directamente relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter no patrimonial, por tanto, no transmisibles *mortis causa*, como las de comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; solicitar la cancelación de las cuentas activas o que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción y, en su caso, que libren una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores (art. 411-10, en su párrafo 2.º)». «En mi opinión, el hecho de que la eficacia de las voluntades digitales se produzca después de la muerte de la persona y que a tales disposiciones se les denomine de manera semejante a las testamentarias no significa que tengan tal naturaleza testamentaria, ni que deban custodiarse en un registro civil de los que contempla el art. 149.1.8 CE, pero incluso en el caso de que sí que la tuviera, no genera ningún problema de relación o coexistencia porque la ley catalana establezca la incompatibilidad entre ambos instrumentos y limita la eficacia del documento de voluntades digitales a la falta de testamento» (FJ 5).

Sobre la base anterior, la magistrada discrepante concluye: «De este modo la utilidad del Registro de voluntades digitales queda reducida a los supuestos en los que no existe inscripción alguna conforme al Registro General de Actos de Última Voluntad (que depende orgánicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Y se configura, como la propia ley indica, como un instrumento que publicita la existencia de voluntades digitales, y permite ordenar la gestión de la huella digital para después de su muer-

te a personas que han optado por no otorgar disposiciones testamentarias. En definitiva, se trata de un registro que queda fuera de la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos que recoge el art. 149.1.8 CE» (FJ 5).

STC 24/2019, 25 de febrero.

RA: Estimado.

Ponente: González.

Conceptos: Revelación de secretos. Libertades de expresión e información y derecho a la intimidad.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1, a) y d) CE.

Resumen: Incluir en una información periodística sobre un posible caso de corrupción, la copia de un extracto bancario cuya obtención no consta fuese ilegal y del que se han eliminado todos los datos que no guardan relación directa con la noticia, es un caso claro de ejercicio de la libertad de información adecuado a los parámetros constitucionales.

1) *Antecedentes.*—El caso tiene su origen en una información periodística sobre el presunto cobro irregular de dietas por parte de la entonces presidenta de la Diputación de León («cobra de Caja España los kilómetros que hace con el coche oficial de la Diputación provincial»). Para acreditarlo se acompañaba un extracto de movimientos bancarios de la cuenta personal de la aludida. El director del medio fue condenado como autor criminalmente responsable de un delito de revelación de secretos. La sentencia fue confirmada en apelación. A juicio de la Audiencia, una cosa era informar sobre cobros de dietas por desplazamientos no realizados con el vehículo particular y otra muy diferente difundir sin consentimiento un extracto bancario obtenido de manera fraudulenta y sin revelar, acogiéndose al secreto profesional, el nombre de quien lo proporcionó. La sentencia de apelación añadía que el documento era totalmente prescindible a efectos de la información y que, por ello, el acusado se extralimitó e invadió el derecho a la intimidad de la denunciante (vid. Antecedente 2 de la STC reseñada). Por supuesto, no suscita sorpresa alguna que el condenado recurriera en amparo al Tribunal Constitucional. Tampoco que el Ministerio Fiscal solicitara su otorgamiento.

2) *Consideraciones previas: diferencias entre los casos civiles y los penales.*—Antes de entrar en el caso, en un apartado dedicado a consideraciones previas, el TC se refiere a una relevante diferencia entre los asuntos procedentes de las jurisdicciones civil y penal: «A diferencia de lo que sucede en los asuntos de los que conoce la jurisdicción civil sobre tutela de derechos fundamentales, en los que la queja que llega al Tribunal versa sobre la ponderación que dicha jurisdicción ordinaria ha llevado a cabo entre varios derechos fundamentales —generalmente, entre los reconocidos en el artículo 18.1 CE y los del artículo 20 CE— [...], cuando el recurso de amparo se dirige contra un acto sancionador, en la medida en que «no form[a] parte del contenido de derecho fundamental alguno la condena penal de quien lo vulnera con su comportamiento [...], la tutela que este Tribunal puede dispensar corre en un único sentido, coincidente con el del condenado por una conducta desplegada, según aduce, en ejercicio de un derecho fundamental. Naturalmente, para

determinar en cada caso si el ejercicio del derecho fundamental invocado es constitucionalmente legítimo, es preciso examinar los contornos de tal derecho, entre los que aparece el círculo de intimidad de las personas, pero este análisis de los límites del derecho fundamental es ajeno a la idea de conflicto» [FJ 3, c)].

3) *El derecho afectado: libertad de información.*—El recurrente se refería a las libertades de expresión y de información [art. 20.1, a) y d) CE]. Sin embargo, en realidad, tan sólo invocaba la segunda. En cuanto a esta, el TC se remite a su doctrina anterior para lo que reproduce parte del FJ 4 de la STC 79/2014: «Este Tribunal viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz”» (FJ 4). Cuando, como es normal, se mezclan hechos y opiniones, hay que estar al aspecto preponderante. Como dice el TC, es determinante «que del texto se desprenda un “afán informativo” (STC 278/2005, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un “juicio de valor” (FJ 4). En el caso de la sentencia no hay duda de que se trata de lo primero».

4) *La forma de obtención del documento: no se acreditó la ilegalidad.*—Después de una síntesis de su doctrina acerca de la libertad de información (FJ 5: veracidad; relevancia social, en particular cuando se trata de asuntos penales; y límites, en particular en lo que atañe a la intimidad), el TC dedica alguna atención al origen del extracto bancario publicado, que resultó decisivo para la condena. La sentencia hace un resumen de sus resoluciones anteriores al respecto pero, al fin, orilla el asunto. En la duda no cabe presumir la ilicitud: «En el caso que nos ocupa, el ahora recurrente, en su declaración en las diligencias penales abiertas con la finalidad de averiguación de la razón de la tenencia por su parte del documento bancario publicado, se amparó en su secreto profesional para no revelar su fuente ni las circunstancias de su obtención. Este silencio, que determinó el archivo provisional de tal proceso, pues no consta que se practicaran otras diligencias de investigación, da ocasión a albergar diversas hipótesis heterogéneas sobre la obtención y traslado del documento, sin que pueda concluirse con certeza que se hubiera producido con ella la vulneración de un derecho fundamental. Como hemos anticipado, la incertidumbre, por exigencia de la dimensión objetiva de la libertad de información, no puede resolverse mediante una presunción de ilicitud» (FJ 6).

5) *Conclusión: se hizo un ejercicio legítimo de la libertad de información.*—Al final, de forma muy razonada como se ha visto, el tribunal expone la conclusión a la que probablemente habría llegado cualquier ciudadano, hubiera o no estudiado Derecho. La información era muy relevante, afectaba a un cargo público y el extracto bancario estaba al servicio de la veracidad de la noticia, siendo los datos publicados los estrictamente indispensables. En este sentido, consta en la sentencia que: «el extracto bancario publicado no incluye una imagen completa de la cuenta bancaria de la que era titular la persona afectada por la noticia, sino que solo comprende los asientos correspondientes a los ingresos realizados por Caja España en concepto de “kilometraje” para asistir a las reuniones del consejo de administración de la entidad, con indicación de la fecha de la operación, la referencia, el importe en euros y el concepto. Aparecen tachados los datos de saldo así como los relativos a otras operaciones, y no figura la numeración de la cuenta ni el nombre de la titular de la misma» (FJ 7). La conclusión no podía ser otra que el otorgamiento del amparo y la consiguiente anulación de las dos sentencias condenatorias.

STC 25/2019, 28 de febrero.

RA: Estimado parcialmente.

Ponente: González.

Conceptos: Derechos al honor, intimidad y propia imagen. Utilización de cámara oculta. Reportaje televisivo y publicación en Internet. Cadena de televisión y asociación para prevenir la influencia de las sectas.

Preceptos de referencia: Arts. 18 y 20 CE.

Resumen: La grabación de sonido e imagen ignorándolo la persona afectada, valiéndose de cámaras ocultas, está sometida a un juicio de proporcionalidad específico y más exigente que el aplicado a los casos en los que la información se obtiene sin utilizar este tipo de medios. El recurso a las cámaras ocultas sólo está justificado cuando se trata de la única forma de obtener, sin tener que afrontar dificultades excepcionales, una información veraz y relevante para conformar una opinión pública libre.

1) *Antecedentes.*—El caso tiene varios protagonistas. De un lado, un particular (al que se identifica como Sr. H) dedicado al *coaching*, mentoría o consultoría personal, junto con la sociedad por él creada a este efecto (H.S. S.L). De otro, un medio de comunicación (*Antena 3*, luego *Atresmedia*) y una asociación para la prevención sectaria (*RedUNE*) y su presidente (identificado mediante las siglas J.M.D.L, Sr. D en adelante). Dos periodistas acudieron al despacho profesional de T.E.H. (Sr. H) haciéndose pasar por clientes y grabaron la visita con cámara oculta. Lo mismo hicieron en una segunda visita en la que pasaron a recoger la copia de la grabación de la visita anterior que, a su vez, había realizado el propio Sr. H., quien grababa abiertamente todas las visitas de sus clientes y les proporcionaba copia.

Algunos fragmentos de la grabación con cámara oculta se emitieron en el programa *Especjo público* de la citada cadena televisiva. La emisión fue acompañada de comentarios de los periodistas y otros colaboradores. Tal como se recoge en la sentencia del TC «El debate se centró en [mostrar al Sr. H] como un “sanador” que no teniendo titulación alguna relacionada con la salud se atribuía aptitud para curar todo tipo de enfermedades; asimismo, se

le calificó de “mujeriego” y se le imputó incluir en las terapias “algo más que caricias”» [Antecedente 2,b)]. Fragmentos de la misma grabación obtenida con cámara oculta, junto con algunos otros procedentes de grabaciones facilitadas por el Sr. H a varios clientes, se usaron en un reportaje de la misma cadena («¿Un falso gurú de la felicidad?»), así como en varios programas informativos y en la página web de aquella (en este último caso bajo el título: «El presunto sanador de Mallorca, al descubierto. Acudimos a su consulta en Mallorca»).

Por su parte «RedUNE» publicó en su página web fragmentos de dos artículos de prensa, añadiendo una imagen del Sr. H. También envió al grupo de colaboradores de la asociación dos correos donde se aludía a aquel con los términos «extorsionador» y «gurú», y se afirmaba que «había causado problemas mentales a algunas personas» [Antecedentes 2, c)].

Ante estos hechos, el Sr. H y su sociedad H.S. interpusieron demanda ante la jurisdicción civil contra *Antena 3 / Atresmedia*, la asociación *RedUNE* y su presidente el Sr. D. Alegaban la vulneración de sus derechos al honor, intimidad y propia imagen y solicitaban una indemnización y otras medidas reparadoras. La demanda fue parcialmente estimada en primera instancia. Se apreció que la cadena televisiva había infringido los derechos al honor, intimidad e imagen del Sr. H. (no así de su sociedad H.S.) y se le concedió una indemnización de 82.000 €. El derecho a la imagen, en cambio, habría sido el único infringido por *RedUNE* y su presidente, que fueron condenados al pago de 10.000 €. La Audiencia coincidió en lo esencial con el juzgado, aunque revocó en parte la sentencia para declarar que *RedUNE* y su presidente también había violado el honor del Sr. H.

Por el contrario, el Tribunal Supremo entendió que la demanda debía desestimarse en su totalidad. «La Sala consideró que la prevalencia de la libertad de información era evidente, porque tanto los reportajes de Antena 3 como los correos y la página web de Red UNE, incluyendo las imágenes, tenían por finalidad esencial denunciar una actividad de licitud dudosa del demandante de amparo y de su empresa que podía entrañar riesgos, tanto directamente para la salud pública, por sospecharse que una persona sin la titulación adecuada en medicina o cualquier otra ciencia de la salud estaba ofreciendo sus servicios retribuidos como sanador o especialista en terapias alternativas sin base científica alguna, como relacionados con la propia influencia negativa en la libertad individual de los posibles clientes, en la medida en que también se sospechaba –por información facilitada por familiares de clientes– que el supuesto terapeuta podía estar sirviéndose de conductas de dominio o de control propias de las sectas» [Antecedente 2,g)]. El TS consideró que «en el caso existía proporción entre fines y medios, y que la información divulgada fue veraz en lo esencial. Admitió cierta manipulación, cuando la voz en off dice que el demandante se enoja si sus clientes no siguen sus consejos o enseñanzas cuando las imágenes que se emiten en ese momento no se corresponden con ese mensaje, pero consideró que no tenía la intensidad suficiente para constituir una intromisión ilegítima en el honor del demandante» (*ibidem*).

2) *La persona jurídica H.S. queda al margen.*—Ante la sentencia, el Sr. H y la sociedad H.S. recurrieron en amparo alegando la violación de sus derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen. No obstante, el TC entendió que, en realidad, el único afectado era el Sr. H. En este sentido, la sentencia señala que «solo se han apreciado intromisiones ilegítimas en los

derechos de la persona física que promueve este recurso de amparo, concretamente en la primera y la segunda instancia, nunca en los derechos de la entidad codemandante. La demanda de amparo considera que las conductas controvertidas de la cadena televisiva afectan simultánea e indistintamente a los derechos fundamentales del Sr. H. y la entidad H.S., S.L. No obstante, en el escrito de demanda no se ha diferenciado los derechos de una y otra parte recurrente que se consideran vulnerados, ni se ha argumentado de qué forma las conductas realizadas por las partes recurridas habrían afectado también, o específicamente, a los derechos de H.S., S.L. Por tanto, sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas, debemos concluir que la protección de los derechos de la mencionada sociedad queda extramuros del presente proceso» [FJ 2, a)].

3) *Doctrina sobre la libertad de información y sus límites internos y externos.*—El TC recuerda la especial posición que tiene en nuestro ordenamiento la libertad de información para asegurar una opinión pública libre, aunque ello no excluye que tenga límites. Algunos, como la veracidad y la relevancia de la información, son «inmanentes». Otros, en cambio, son externos, como sucede con los derechos fundamentales al honor (buena reputación, incluida la profesional), la intimidad (ámbito reservado frente a los demás, teniendo en cuenta no obstante las expectativas razonables según las circunstancias) y la propia imagen [«atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre», FJ 4,b), con cita de la STC 117/1994].

4) *La utilización de cámara oculta. Necesidad de un juicio de proporcionalidad específico y más exigente.*—Este es el aspecto de mayor interés del caso. Sobre él ya se había pronunciado la STC 12/2012 para destacar la especial capacidad intrusiva de la cámara oculta pues: impide que el afectado pueda ejercer su legítimo poder de exclusión; «se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada» [FJ 6,b) con cita de la STC 12/2012]; y, además, «la finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita» (*ibídem*, transcribiendo de nuevo la STC 12/2012).

Como sucede en los demás casos en los que entran en conflicto los derechos (tres, nos recuerda una vez más el TC) al honor, a la intimidad o a la propia imagen con la libertad de información, hay que recurrir a la técnica de la ponderación, de acuerdo con los parámetros habituales, que la sentencia sintetiza en su FJ 7 adpos. a) a c). Sin embargo, cuando la información se ha obtenido valiéndose de una cámara oculta es preciso incorporar «un juicio de proporcionalidad específico» [FJ 7,d)], en el que cobra especial valor la necesidad y adecuación del uso de ese medio o, en otros términos, la posibilidad o no de haber recurrido a otros menos intrusivos. «El enjuiciamiento constitucional del uso periodístico de la cámara oculta requiere un juicio específico de proporcionalidad que se proyecte sobre la existencia o no de medios menos intrusivos para obtenerla, y no sobre el interés general o la relevancia pública de los hechos sobre los que se quiere informar, que de no existir no podría justificar la publicación de la información, con independencia de cómo se hubiera obtenido. La relevancia pública de una información

puede justificar su publicación, pero solo la inexistencia de medios menos intrusivos para obtenerla puede justificar que se utilicen, para su obtención, dispositivos tecnológicos altamente intrusivos en la intimidad y la imagen de las personas» [FJ 7, d)].

Esta sería también la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a cuya jurisprudencia recurre el TC para reforzar su argumentación. De acuerdo con ella: los periodistas son libres de elegir los métodos y medios que consideren pertinentes, si bien no de una forma absoluta; es necesaria una protección reforzada frente al uso de la tecnología; una técnica tan intrusiva y lesiva como la cámara oculta debe estar en principio restringida; aunque, en fin, cabe acudir a ella si es muy difícil obtener la información por otros medios, como una suerte de «último recurso».

El TEDH ha tenido ocasión de aplicar los habituales y conocidos criterios de ponderación entre los derechos y libertades en juego tanto en casos en los que los demandantes eran los periodistas condenados como en otros en los que lo eran las personas grabadas. La sentencia del TC recoge diversas sentencias del TEDH que ilustran la tipología de situaciones y conflictos: STEDH de 24/2/2014, *H y otros c. Suiza* (grabación de una conversación con un agente de seguros con el fin de denunciar malas prácticas en el sector); STEDH de 13/10/2015, *B. c. Turquía* (grabación de una conversación sobre el cristianismo, emitida posteriormente en un programa televisivo sobre «actividades encubiertas de proselitismo llevadas a cabo por ciudadanos extranjeros»); y STEDH de 22/2/2018, *A.D.T.A.E. c Grecia* (grabación de un parlamentario que presidía la comisión sobre juego electrónico, jugando en un salón y, luego, intentando negociar para hacerse con el material). De la ponderación de los derechos y libertades en conflicto efectuada por el TEDH en todos esos casos, resulta que «la legitimidad del uso de la cámara oculta como método periodístico de obtención de la información está sometida a unos criterios estrictos de ponderación dirigidos a evitar una intromisión desproporcionada y, por tanto, innecesaria en la vida privada de las personas» (FJ 8, ult. pfo.).

5) *Aplicación al caso: la sentencia del TS erró en el juicio de proporcionalidad al absolver a la cadena televisiva.*—De acuerdo con la sentencia del TC la cadena de televisión vulneró los tres derechos —intimidad, propia imagen y honor— al no haber realizado correctamente el juicio de proporcionalidad adecuado al medio empleado.

En cuanto al primero (intimidad), el TC considera que: «aun cuando la información obtenida hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta y en un ámbito privado como es una consulta profesional, y luego se difundió en el medio televisivo, focalizando un tema de interés general en la concreta actuación del demandante de amparo, constituyeron una ilegítima intromisión en el derecho fundamental a la intimidad personal. La Sentencia del Tribunal Supremo impugnada no realizó el juicio de proporcionalidad estricto que reclama la utilización periodística de la cámara oculta, ni tomó en consideración la circunstancia de que la relación entre los periodistas y el consultor personal se desarrolló en un ámbito privado, ni la focalización de la información difundida en la actuación profesional del demandante de amparo, ni que el material audiovisual difundido no ofrecía pruebas suficientes del carácter ilícito de su actuación siendo ello el sustento de su denuncia» [FJ 9, a)].

En cuanto al segundo derecho (la imagen), señala el TC que: «el demandante de amparo fue grabado subrepticamente y, con ello, privado del derecho a decidir, para consentirla o para impedirla, sobre la reproducción de la representación... de su aspecto físico y de su voz, determinantes de su plena identificación como persona. Además, en los diversos programas televisivos posteriormente emitidos no solo se informó sobre su identidad, sino que también su imagen y su voz fueron difundidas sin distorsión alguna. La difusión de la imagen y, en su caso, la voz del demandante de amparo solo habría estado justificada si se hubiera tratado de un personaje público o ello hubiera sido estrictamente necesario para contribuir al debate público» [FJ 9, b)].

En cuanto al último derecho (el honor), el TC destaca que: «la emisión de las imágenes fue acompañada de informaciones manipuladas (a través de la voz en *off* que afirmó que el demandante se enojaba si sus clientes no seguían sus consejos o enseñanzas cuando en las imágenes en realidad aconsejaba a sus clientes sobre cómo debían reaccionar frente a otras personas) y de afirmaciones de hechos sobre su pretendido intrusismo profesional y sobre sus inclinaciones (“mujeriego”, “siempre hay sexo y siempre hay dinero”, “a veces las terapias acaban en algo más que caricias”). Tales afirmaciones y expresiones pueden considerarse atentatorias contra la reputación del demandante de amparo pues, al margen de su veracidad o inveracidad, no eran pertinentes para transmitir información de relevancia pública» [FJ 9, c)].

6) *No hubo infracción de derechos por parte de la asociación RedUNE y su presidente.*—El TC rechaza en este caso la petición de amparo. No hubo infracción del derecho a la imagen porque, como bien apreció el TS, «la fotografía incluida en los artículos publicados en la página web de la asociación tenía carácter accesorio respecto del texto escrito» (FJ 10). En este sentido, el TC observa que: la fotografía no era privada o familiar ni se obtuvo de forma clandestina; «se publicó en la página web de una asociación sin ánimo de lucro que se define como “red de prevención sectaria y del abuso de debilidad”, y que se sirve de ella como instrumento principal de su actividad informativa y preventiva sobre conductas altamente peligrosas» (*ibídem*); el objetivo era «identificar a una persona sobre la que se habían recogido sospechas» (*ibídem*); la imagen se acompañaba de dos artículos ya publicados en dos diarios; y, en fin, «no consta, ni se ha alegado en ningún momento, que la publicación de la fotografía haya tenido consecuencias significativas» (*ibídem*).

En cuanto al uso de expresiones como «gurú, extorsionador, causante de problemas mentales», el TC coincide con el TS en rechazar que constituyan una vulneración del derecho al honor del Sr. H. «Debemos confirmar también en este punto la conclusión de la Sentencia impugnada, en atención a los siguientes criterios o aspectos: la asociación Red UNE persigue un interés general de denuncia, que podría desalentarse con una protección del derecho al honor que fuera más allá de lo estrictamente necesario; la finalidad que animaba los correos en los que se incluyeron las expresiones era alertar, informar y recabar a su vez más información sobre las actividades de la persona denunciada; los correos no fueron objeto de una publicidad masiva, sino que se enviaron solo a los colaboradores de la asociación, generalmente víctimas de prácticas sectarias o sus familiares, por lo que su difusión fue reducida, considerablemente inferior en todo caso a la de un medio escrito de comunicación y, por supuesto, inferior a la de un medio televisivo; las expresiones utilizadas, aunque hirientes, estaban directamente relacionadas con las

ideas y opiniones que se presentaban y podían considerarse necesarias para su exposición» (FJ 10).

7) *Conclusión: otorgamiento parcial del amparo.*—El TC, para restablecer en su integridad los derechos fundamentales del recurrente, declara la nulidad parcial de la sentencia del TS en la medida en que revocó la de la Audiencia en la parte en la que esta había estimado —acertadamente a juicio del TC— que la cadena de televisión vulneró los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen del Sr. H. y fijó el montante de la indemnización.

STC 31/2019, 28 de febrero.

RA: Estimado.

Ponente: Roca. Voto discrepante: Enríquez.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Cláusulas préstamo hipotecario. Examen de abusividad. Nulidad de actuaciones.

Preceptos de referencia: Arts. 552.1, 557.7 y 695.4 LEC; y art. 24 CE.

Resumen: La sentencia se dicta como consecuencia del recurso de amparo promovido por una ejecutada (deudora hipotecaria) contra la providencia que inadmitió a trámite el incidente de nulidad en el que se denunciaba el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del título de ejecución.

Pretensión no extemporánea ni improcedente. Obligación de realizar el examen si no ha habido un control previo por parte del Tribunal.

1) *Antecedentes del caso.*— En octubre de 2013, Bankia presentó demanda de ejecución hipotecaria contra Doña C. y otros deudores hipotecarios en relación con el préstamo hipotecario solicitado para la adquisición de su vivienda habitual.

En noviembre de 2013 se despachó ejecución y se dictó decreto de adjudicación del bien objeto de ejecución en favor de la entidad bancaria.

Tras dictarse el decreto de adjudicación, y no habiéndose producido todavía el lanzamiento, la Sra. C., en el propio proceso de ejecución, solicitó la nulidad de actuaciones con base en el artículo 564 LEC. En su escrito solicitando la nulidad, argumentaba que, como consecuencia de lo declarado en la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus S.A y J., el plazo de preclusión establecido en la legislación española para denunciar la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en su contrato de préstamo hipotecario no era de aplicación, puesto que dicha cláusula no había estado previamente sometida a control judicial.

Se plantea en este recurso de amparo si el órgano judicial actuó correctamente al entender que no cabía el control de la cláusula de vencimiento anticipado solicitado por la recurrente a través del incidente de nulidad de actuaciones. El órgano judicial denegó el examen de la abusividad de una cláusula por considerar que era extemporáneo. La cuestión es si tal decisión resulta contraria a la interpretación de la Directiva 93/13 efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnerando de ese modo el derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE e incumpliendo el Derecho de la Unión.

2) *Posición del Tribunal.*— El Tribunal Constitucional entiende vulnerado el artículo 24.1 CE y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea porque el órgano judicial ha prescindido de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Efectivamente, antes de que la recurrente formulara el incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se había pronunciado en la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus S.A y J., sobre cuál era la interpretación correcta de la Directiva 93/13, en relación con la obligación de los órganos judiciales de examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas.

Cuando existe una interpretación de una directiva establecida por una resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el juicio sobre la vulneración del artículo 24 CE queda necesariamente influido por su contenido.

En el asunto Banco Primus, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca que lo determinante para ver si ha precluido la posibilidad de denunciar la abusividad de una cláusula en un contrato con consumidores es observar si ha habido un pronunciamiento sobre el eventual carácter abusivo de la cláusula contractual, de suerte que si el carácter abusivo de una o varias cláusulas contractuales no ha sido aún examinado, deben ser conocidas por el juez nacional.

El Tribunal Constitucional concluye que poco importa el momento y cómo llegan al juez los elementos de hecho y de derecho necesarios para que pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

Incluso cuando el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas haya precluido por no haberse formulado oposición a la ejecución en el plazo legal establecido de diez días, e incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente.

El Tribunal Constitucional entiende, por lo tanto, que el órgano judicial debió admitir el incidente y entrar a conocer de la posible abusividad, o si tenía dudas sobre si había precluido la posibilidad de hacerlo, plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

3) *Voto discrepante.*— El magistrado Enríquez discrepa de la sentencia. Sostiene que el juzgado despachó ejecución contra la recurrente aplicando el artículo 552 LEC, por lo que ya verificó en ese momento inicial el examen de abusividad aplicando los parámetros que fija la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (y no la STJUE de 26 de enero de 2017).

La recurrente, si tenía dudas sobre si se había efectuado el control de oficio del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, pudo haber pedido una aclaración.

Para el Magistrado discrepante, otorgar a la recurrente un derecho de exigir, sin sujeción a plazo alguno, el control del carácter abusivo de una cláusula que las leyes no le conceden, sienta unas consecuencias perjudiciales para nuestro sistema de justicia civil ejecutiva.

STC 32/2019, de 28 de febrero.

RI: Desestimado.

Ponente: Ollero. Voto particular concurrente: Balaguer.

Conceptos: Ocupación ilegal de viviendas. Procedimiento sumario para la recuperación de la posesión. Legitimidad. Principio de contradicción. Ausencia de cosa juzgada. Constitución de la relación procesal. Edictos. Inviolabilidad del domicilio.

Preceptos o normas de referencia: Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas; arts. 150.4, 250.1.4, 437.3 bis, 441.1 bis y 444.1 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; arts. 18.2, 24.1 y 2, 33 y 47 CE; arts. 6 y 8 Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y art. 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea; art. 25.1 de la Declaración universal de derechos humanos y art. 11.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Resumen: El procedimiento judicial introducido en la Ley procesal por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, para dirimir las controversias que puedan suscitarse acerca del mejor derecho en relación con la titularidad y posesión sobre los bienes inmuebles, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, y a un proceso con todas las garantías, como tampoco los derechos a la inviolabilidad del domicilio ni a una vivienda digna y adecuada.

1) *Antecedentes del caso.*—Esta resolución se dicta con ocasión de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, contra la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas.

En concreto, los recurrentes impugnan el artículo único y la disposición adicional de la mencionada Ley 5/2018; y, con ello, las modificaciones o incorporaciones introducidas en los actuales arts. 150.4, 250.1.4, 437.3 bis, 441.1 bis y 444.1 bis de Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC).

Estos preceptos, en su nueva redacción, permiten, en suma, una recuperación inmediata de la vivienda ocupada ilegalmente, sin perjuicio de trasladar a los servicios públicos competentes comunicación sobre la situación del ocupante, por si procediere su actuación, siempre que aquél otorgue su consentimiento.

La disposición adicional de la Ley 5/2018, también impugnada, prevé la coordinación y cooperación entre las administraciones públicas en materia de vivienda, al objeto de prevenir situaciones de exclusión residencial en caso de desalojos de vivienda y crear registros que incorporen datos del parque de viviendas sociales disponibles para atender a personas o familias en riesgo de exclusión.

El Pleno del Tribunal, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, al que que se le dio la tramitación oportuna, con traslado de la demanda y documentos presentados, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Gobierno.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:

– Consideran los Diputados recurrentes, de un lado, que los arts. 150.4, 250.1.4, 437.3 bis, 441.1 bis y 444.1 bis LEC, en su redacción actual, al permitir ejecutar un lanzamiento forzoso sin alternativa habitacional y sin que los órganos judiciales puedan examinar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, a fin de llevar a cabo el necesario juicio de proporcionalidad, conculcan el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE).

De otro, sostienen los impugnantes que la Ley 5/2018, además de vulnerar el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y otros textos internacionales, como el art. 25.1 de la Declaración universal de derechos humanos y el art. 11.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, no se acomoda a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre injerencias en el domicilio, como espacio en el que se desarrolla la vida privada de las personas, ni cumple las garantías mínimas en materia de desalojos forzosos previstas en instrumentos emanados de organismos dependientes de la Organización de Naciones Unidas.

Ya en un plano estrictamente procesal, añaden que la circunstancia de que se permita dirigir la demanda de recuperación de la posesión de la vivienda de forma genérica contra los desconocidos ocupantes de la misma y el hecho de que sea posible notificar la demanda a cualquier persona que se encuentre en la vivienda ocupada, quiebra la correcta constitución de la relación jurídica procesal y vulnera por tal motivo el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

Por otra parte, toda vez que la oposición a la demanda únicamente puede fundarse en la existencia de un título posesorio suficiente del demandado o en la falta de título por parte del actor, sin posibilidad alguna de alegar o de aportar otros medios de prueba, y tomando en consideración que el auto que dicte el Tribunal es irrecurrible, entienden los recurrentes, en suma, que esta regulación vulnera igualmente el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por cuanto no garantiza los principios de contradicción y de igualdad de armas procesales entre las partes, así como el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y el art. 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en relación con lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

– El Abogado del Estado interesó la desestimación del recurso de inconstitucionalidad por considerar, en síntesis, que: 1) No existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en este supuesto específico de tutela sumaria, que es de interés general por la injusticia material que supone la privación de la titularidad de una vivienda, al no excluirse la eventual tutela judicial plena, bastando la presentación de un título jurídico que justifique su situación posesoria para enervar la acción, garantizándose así el principio de contradicción, y no producir la resolución que se dicte efectos de cosa juzgada material (art. 447.2 LEC); 2) El proceso especial para la recuperación de la vivienda regulado en la Ley 5/2018 se erige en alternativa, en el ámbito procesal civil, de la tutela penal prevista para el caso del delito de usurpación (art. 245 del Código penal), con respeto del principio de proporcionalidad en la ponderación de intereses a la hora de valorar o dilucidar en Derecho situaciones contrapuestas; 3) La ley ha de

prever un sistema de notificación a los ocupantes desconocidos, toda vez que en una ocupación ilegal lo más probable será que la identidad de aquellos sea desconocida, sin que proceda la comunicación edictal al no hallarse en paradero desconocido; 4) El despojo ilegal de la posesión no puede ser objeto de protección, por lo que el lanzamiento que, en su caso, acuerde el juez en el curso de estos procedimientos no constituye una violación del art. 18.2 CE, sobre inviolabilidad del domicilio; 5) Es jurisprudencia constitucional consolidada que los tratados internacionales no constituyen canon para el control de constitucionalidad de las normas de rango legal, sin perjuicio de su valor interpretativo en materia de derechos fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE; 6) El deber constitucional e internacional de promover una vivienda digna para todos los ciudadanos y proteger la familia y la infancia, no es incompatible con el establecimiento por el legislador de procedimientos judiciales para dirimir las controversias que puedan suscitarse acerca del mejor derecho en relación con la titularidad y posesión sobre los bienes inmuebles, que comprende también el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas al efecto; y 7) La Ley 5/2018 cumple los estándares programáticos que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen en relación con el acceso a la vivienda.

3) *Posición del Tribunal.*—Previo a entrar en el fondo del asunto, el Tribunal precisa que no le corresponde realizar juicio alguno sobre la oportunidad o conveniencia del nuevo proceso sumario creado por la Ley 5/2018, ni sobre la suficiencia o insuficiencia de los cauces procesales preexistentes para la recuperación de la posesión de la vivienda por los titulares legítimos. Por lo demás, realiza una clarificadora exposición del contenido de los preceptos impugnados, así como del alcance y significado de la reforma legal controvertida, y recuerda en esta sentencia, con cita de numerosas resoluciones (ATC 113/2011, de 19 de julio, FJ 4, entre otros), que está fuera de toda duda la legitimidad constitucional de los procedimientos sumarios, al no impedir la posibilidad de discusión del fondo del asunto, en toda su plenitud de armas procesales, en un posterior juicio declarativo ordinario, ya que la sentencia que en aquellos se dicte no tiene efectos de cosa juzgada material.

Entrando ya de lleno en las cuestiones debatidas, el Tribunal va desgranando en su exposición los distintos aspectos sometidos a su consideración.

4) *El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el principio de contradicción.*—Frente a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sostiene el Tribunal que el procedimiento sumario creado por la Ley 5/2018 y regulado en el art. 250.1.4 LEC con relación a las ocupaciones ilegales, «no veda al demandado la posibilidad de defenderse en el extremo nuclear del asunto que se ventila», por lo que no concurre indefensión material.

Alcanza esta conclusión nuestro Alto Tribunal al considerar que el demandado en esta clase de procesos sumarios podrá oponerse eficazmente a la pretensión del actor acreditando cualquiera de estas dos circunstancias: bien que dispone de título suficiente que justifique su situación posesoria, bien que el título esgrimido por el demandante no es bastante para fundar su alegado derecho a poseer la vivienda. Con ello resultaría desvirtuada la alegada ocupación ilegal. A tal efecto, precisa el Tribunal que «la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda, ni

encuentra tampoco amparo en el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)».

En consecuencia, concluye estableciendo la sentencia en este punto que, al reputarse suficiente la presentación de un título por el demandado para oponerse a la pretensión del demandante, frente al título que debe presentar éste para fundamentar su demanda de recuperación de la posesión de la vivienda, «se da una igualdad de armas procesales que hace efectivo el principio de contradicción en el proceso especial creado por Ley 5/2018». Además, y como en cualquier otro procedimiento sumario, «la ausencia de cosa juzgada material de la sentencia estimatoria definitiva que en este proceso sumario se dicte, en caso de que el demandado no conteste la demanda o no aporte título justificativo de su situación posesoria, deja abierta la puerta a una cognición plena en un posterior proceso declarativo ordinario, en su caso».

Advierte, además, el Tribunal que «la demora prolongada de las autoridades públicas a la hora de ejecutar una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose en la necesidad de planificar cuidadosamente el desalojo con el fin de preservar el orden público y garantizar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que participaron en la ocupación, vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), así como su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 CEDH)» (Sentencia de 13 de diciembre de 2018, asunto Casa di Cura Valle Fiorita, S.R.L. c. Italia).

5) *El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, la válida constitución de la relación procesal y la comunicación edictal.*—También en el ámbito de la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, pero esta vez con relación a la posibilidad de dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes y a notificarla a quien en concreto se encontrare en la vivienda al tiempo de llevar a cabo el acto de notificación, el Tribunal recuerda que pesa sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de la relación jurídica procesal, a fin de observar el principio de contradicción y garantizar el derecho a ser oído.

Con esta finalidad, los actos de comunicación y, en especial, el emplazamiento del demandado, se erigen en el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (SSTC 61/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 30/2014, de 24 de febrero, FJ 2, y 169/2014, de 22 de octubre, FJ 3, entre otras muchas que se citan en la resolución reseñada), siendo el último medio la comunicación edictal (SSTC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 3; 197/2013, de 2 de diciembre, FJ 2; 30/2014, de 24 de febrero, FJ 3; 181/2015, de 7 de septiembre, FJ 3, y 137/2017, de 27 de noviembre, FJ 4, entre otra muchas citadas).

Pues bien, con base a que no cabe imponer al propietario o titular legítimo del derecho a poseer la vivienda la carga de llevar a cabo una labor investigadora para la identificación de los ocupantes ilegales, que estima «a todas luces desproporcionada» y vedada por el juego de los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), el Tribunal Constitucional concluye en el sentido de considerar que «Lo dispuesto en el art. 437.3 bis LEC y en el primer párrafo del art. 441.1 bis LEC, que permiten dirigir la demanda de recuperación de la posesión de una

vivienda contra los ignorados ocupantes, sin perjuicio de que la notificación se realice a quien en concreto se encontrare en la vivienda al tiempo de llevar a cabo el acto de notificación, no entra en contradicción con el deber de los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de la relación jurídica procesal [...]», de anterior referencia.

Todo ello sin perjuicio de que la eventual indefensión material sufrida por un demandado se produzca como consecuencia de la incorrecta o defectuosa constitución de la relación jurídica procesal en un asunto determinado. En tal caso, podrá ser remediada a través del recurso de amparo ante este Tribunal, una vez agotada la vía judicial.

Precisa por último el Tribunal, y ello es destacable, que esos ocupantes son desconocidos en cuanto a su identidad personal, pero no con relación a su paradero, al poder ser hallados en la vivienda ocupada, lo que impide que proceda la notificación por edictos en esta clase de procesos sumarios para la inmediata recuperación de la posesión de la vivienda ilegalmente ocupada, aun cuando se desconozca su identidad. La notificación debe ser personal, entregándose la citación al ocupante que fuere hallado en la vivienda al tiempo de practicarse el acto de comunicación procesal, momento en que se procederá a la identificación personal. Como excepción, finaliza diciendo el Tribunal que únicamente cuando el ocupante de la vivienda se niegue a recibir la notificación o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega, procederá efectuar la comunicación por medio del tablón de anuncios de la oficina judicial, previa advertencia de tal extremo al interesado, lo que se hará constar en la diligencia (arts. 161.2 y 164 LEC).

6) *El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y la inviolabilidad del domicilio.*—Tras mencionar la reiterada jurisprudencia emanada del propio Tribunal que sostiene que, a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio, no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella (SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, y 188/2013, de 4 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas citadas) y hacer alusión al art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Alto Tribunal concluye diciendo que «la entrada en el domicilio sin el consentimiento de quien lo ocupa, ni estado de necesidad o flagrancia, solo puede hacerse si lo autoriza u ordena la autoridad judicial». Esta garantía judicial «[...] aparece como un instrumento preventivo, destinado a proteger el derecho y no, a diferencia de otras intervenciones judiciales constitucionalmente previstas, a reparar su vulneración cuando esta se hubiere producido (por todas, SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 22/2003, de 10 de febrero, FJ 4, y 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3)».

En otro orden de cosas, precisa el Tribunal que la circunstancia de que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE, en modo alguno justifica conductas tales como «invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7, y ATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2)».

Por lo demás, «una vez recaída una resolución judicial que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución

será título bastante para esa entrada y se habrá cumplido la garantía del art. 18.2 CE (SSTC 160/1991, FJ 9, y 199/1998, de 13 de octubre, FJ 2, por todas)». Resolución que, no obstante, deberá ser comunicada por el órgano judicial a los servicios públicos competentes en materia de política social, a fin de que en un breve espacio temporal (siete días) adopten las medidas de protección procedentes en atención a la situación de vulnerabilidad de los afectados por el lanzamiento, siempre que estos hubieren manifestado su consentimiento.

7) *El derecho a una vivienda digna y adecuada.*—Saliendo al paso de las alegaciones de los diputados recurrentes, el Tribunal recuerda que el art. 47 CE («Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada [...]») no reconoce ni garantiza un derecho fundamental, sino que enuncia un mandato, un principio rector de la política social y económica y una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos, que vienen así obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

En el mismo sentido cabe interpretar el art. 25.1 de la Declaración universal de derechos humanos, el art. 11.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el art. 34.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

Pues bien, ese mandato, directriz o principio rector dirigido a los poderes públicos no es incompatible en modo alguno, según el Tribunal, con el establecimiento por el legislador de procedimientos judiciales para dirimir las controversias que puedan suscitarse acerca del mejor derecho en relación con la titularidad y posesión sobre los bienes inmuebles.

Cosa distinta es que los poderes públicos deban adoptar políticas sociales destinadas a promover el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en el marco de ese mandato o principio rector del art. 47 CE.

A estos efectos, la regulación impugnada prevé que, en caso de que el órgano judicial estime la pretensión del actor en este especial proceso sumario y decrete el desalojo de los ocupantes de la vivienda, deberá comunicar esa situación nuevamente a los servicios sociales, siempre que cuente con el consentimiento de los afectados, por si procediera su intervención protectora.

Es en esta misma línea que la disposición adicional única de la Ley 5/2018, cuya constitucionalidad también ha sido cuestionada por los recurrentes, se alza como una muestra de la preocupación del legislador por atender el mandato del art. 47 CE, al establecer la obligación de las distintas administraciones públicas de incorporar medidas ágiles de coordinación y cooperación y dar respuesta adecuada y lo más inmediata posible a aquellos casos de vulnerabilidad que se detecten en los procesos conducentes al lanzamiento de ocupantes de viviendas, por lo que la regulación impugnada no puede considerarse lesiva del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE).

8) *Decisión.*—Por lo expuesto, el Tribunal decide desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo único y la disposición adicional de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas.

STC 34/2019, 14 de marzo.

CI (interna): Estimada.

Ponente: Roca.

Conceptos: Jura de cuentas. Decretos de los Letrados de la Administración de Justicia y sistema de recursos. Control jurisdiccional. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso a los recursos.

Preceptos de referencia: arts. 35.2 y 34.2, párrafos segundo y tercero LEC; Arts. 24 y 117.3 CE.

Resumen: La tutela de derechos e intereses legítimos debe ser dispensada por los jueces.

1) *Antecedentes.*—La cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional trae causa del recurso de amparo interpuesto por la demandante en un proceso de jura de cuentas, en el que no se le permitió recurrir el decreto de la Letrada de la Administración de Justicia que desestimaba sus pretensiones.

La recurrente en amparo entiende que toda decisión de los letrados de la administración de justicia debe poder ser revisada por el juez titular del juzgado a través del recurso previsto en el artículo 454 bis LEC. Entiende vulnerado, en consecuencia, el artículo 24.1 CE, pues tal actuación es incompatible con la exclusividad de la potestad jurisdiccional del art. 117.3 CE.

Aduce también la falta de motivación suficiente por considerar que las resoluciones de inadmisión de los recursos de revisión y de nulidad que interpone son estereotipadas o tipo. Concluye considerando que debería ser declarada la inconstitucionalidad del art. 35.2 LEC.

2) *Posición del Tribunal.*—Tras la tramitación oportuna, el Tribunal Constitucional resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada tras considerar que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia se origina directamente en la ley (art. 35.2 LEC, en relación con los párrafos segundo y tercero del art. 34.2 a los que remite), que dispone que contra el decreto del letrado de la administración de justicia fijando la cantidad debida al abogado no cabe recurso.

Considera el Tribunal que esta ausencia de control jurisdiccional es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y al principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional del art. 117.3 CE. Y así, en sus propias palabras, «el régimen de recursos establecido contra los decretos de los letrados de la administración de justicia en las reclamaciones de honorarios de abogados impide que las decisiones de estos letrados sean revisadas por los jueces y tribunales, titulares en exclusiva de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), vedando, por consiguiente, que puedan dispensar la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el art. 24.1 CE». En consecuencia, «[...] se crea un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, privando a las partes, dada la ausencia de recurso contra el decreto, de instrumentos indispensables para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, como es su derecho a que la decisión procesal del letrado de la administración de justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción [...]».

Por lo demás, si bien es cierto que el artículo 35.2 LEC dispone que el decreto del letrado de la administración de justicia no prejuzgará, ni siquiera

parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior, también lo es que ese eventual control judicial posterior, a través del juicio ordinario, no impide que despliegue sus efectos la decisión del letrado.

3) *Decisión.*—El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del art. 34.2 LEC, al que remite el párrafo segundo del art. 35.2 LEC, en cuanto es la norma que determina la ausencia de recurso frente al decreto del letrado de la administración de justicia cuando los honorarios se discuten por indebidos. Igualmente ha de ser declarado inconstitucional el inciso «y tercero» del mencionado párrafo segundo del art. 35.2 LEC.

Por lo demás, para salvaguardar la armonía y consistencia interna de la ordenación legal objeto de controversia, el Tribunal estima necesario, al amparo del art. 39 LOTC, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo cuarto del art. 35.2 LEC, dado que la vulneración declarada concurre también en dicho precepto.

Finalmente, precisa que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la administración de justicia es el de revisión al que se refiere el art. 454 bis LEC.

Sobre esta misma materia, pueden verse las SSTC 49/2019, de 8 de abril, y 93/2019, de 15 de julio.

STC 64/2019, 9 de mayo.

CI: Desestimada.

Ponente: Valdés.

Conceptos: Exploración del menor. Derecho a la intimidad. Elaboración y traslado a las partes del acta detallada.

Preceptos de referencia: Arts. 18.2.4, 19.2 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria; Arts. 18.1 y 120.1 CE.

Resumen: El juez garantiza el derecho a la intimidad del menor velando porque sus manifestaciones durante la exploración se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos controvertidos objeto del expediente.

No resulta vulnerado el derecho a la intimidad del menor por cumplir con la obligación legal de dar traslado del acta a las partes, ya que el acceso de éstas a todos los documentos del proceso es una consecuencia obligada del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

1) *Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal.*—En un expediente de jurisdicción voluntaria sobre discrepancia en el ejercicio de la patria potestad (art. 86 LJV), en solicitud de autorización judicial para la continuación de una terapia psicológica que seguían las dos hijas comunes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad. El art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria obliga al juez a extender acta detallada de la exploración judicial y a trasladarla a las partes para que puedan formular alegaciones. El Juzgado considera que ello podría afectar el derecho a la intimidad de la menor (art. 18 CE).

– El Abogado del Estado, en sus alegaciones, consideró que el contenido del precepto legal respecto del cual se plantea la cuestión no menoscaba el derecho a la intimidad personal de los menores de edad puesto que la protección de la intimidad del menor consiste en prevenir la publicidad de sus datos frente a terceros, no frente a las partes, y que el juez no podría decidir sobre la situación del menor, en garantía y protección de sus intereses, a la vista de unos hechos no puestos de manifiesto a las partes, so pena de nulidad de lo acordado, siendo éste un requisito de validez constitucional del proceso.

– La Fiscal General del Estado interesó la inadmisión de la cuestión porque el Juez no identifica ningún dato concreto, de los aportados por la menor en la comparecencia, como afectante a su intimidad, por lo que plantea la duda de constitucionalidad, no en relación con el caso concreto, sino de forma genérica. La Fiscal solicita, en segundo lugar, la desestimación de la cuestión porque entiende que, de acuerdo con la ley, el órgano judicial puede expurgar la prueba para que sólo aquello que sea necesario para la resolución del conflicto se haga constar en el acta, e impedir reflejar pronunciamientos del menor que puedan afectar a su intimidad.

2) *Posición del Tribunal.*—El Tribunal Constitucional, en primer lugar, considera admisible la cuestión. Entiende que no es necesario que el juez promotor especifique los aspectos de la intimidad del menor que puedan quedar afectados en el caso concreto.

Respecto del fondo del asunto, tras resaltar que el acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal documentado del derecho del menor a ser oído y escuchado, derecho reconocido en las convenciones internacionales sobre derechos del niño y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce que efectivamente se plantea una posible colisión no exenta de complejidad entre el derecho a la intimidad que tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, con el derecho de las partes en el proceso a la tutela judicial efectiva (art. 24CE) y a la prueba, que exige que aquéllas tengan traslado del acta detallada.

Esta colisión entre derechos fundamentales exige efectuar un juicio de proporcionalidad del que debe resultar la preferencia de uno sobre otro sin establecer jerarquías ni prevalencias a priori.

El Tribunal concluye que es fundamental que los hechos no permanezcan en la esfera del conocimiento privado del juez, lo que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de defensa, no sólo de las partes procesales *strictu sensu*, sino también, y ante todo, del propio menor cuyos derechos e intereses se ventilan en el procedimiento.

Según el Tribunal, el momento crucial para garantizar los derechos a la intimidad del menor no tiene lugar con el traslado del acta, sino en un momento anterior: en el desarrollo de la exploración del menor de la que dicho documento da fe. Y así, «Es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la Administración de Justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. Por otro lado, la función tuitiva del fiscal refuerza esta garantía, dada su especial vinculación con los intereses de los menores (STC 185/2012, FFJJ

3, 4 y 5), de la que son buena muestra las Instrucciones 2/2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, y 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores».

Si el juez observa estas cautelas –celebración de la exploración a puerta cerrada, sobre cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente y que el contenido del acta detalle únicamente las manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente–, no se vulnera el derecho a la intimidad del menor por cumplir con la obligación legal de dar traslado del acta a las partes, ya que el acceso de éstas a todos los documentos del proceso es una consecuencia obligada del derecho de defensa y a la prueba, como manifestación de la tutela judicial efectiva sin indefensión.

3) *Decisión.*—En consecuencia, entiende el Tribunal que el art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, no vulnera el derecho a la intimidad del menor ya que éste queda garantizado en el desarrollo del acto y la entrega del acta detallada a las partes atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción.

STC 79/2019, de 5 de junio.

RI: Estimado parcialmente.

Ponente: Martínez-Vares.

Conceptos: Responsabilidad derivada de los daños agrícolas, forestales o ganaderos producidos por especies cinegéticas provenientes de zonas de seguridad. Compatibilidad de la responsabilidad establecida en la normativa autonómica con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Preceptos de referencia: art. 1.5 Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/2018, de 15 de marzo; art. 8 Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha y otras normas en materia medioambiental y fiscal; art. 32 Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público; arts. 24, 106.2, 149.1.18 y 149.1.21 CE.

Otras sentencias relacionadas: STC 112/2018, de 17 de octubre⁴.

Resumen: El supuesto de responsabilidad patrimonial del titular de la infraestructura por daños agrícolas, forestales o ganaderos producidos por especies cinegéticas provenientes de zonas de seguridad motivadas por la existencia de autopistas, autovías, líneas férreas o infraestructuras hidráulicas, previsto en el art. 8.2 Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha y otras normas en materia medioambiental y fiscal, surgirá siempre y cuando concurren los elementos previstos en el art. 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

1) *Antecedentes del caso.*—Esta resolución se dicta con ocasión de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno contra el artículo primero, apartado cinco, de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/2018, de 15 de marzo, por la que se modifican la

⁴ STC 112/2018, de 17 de octubre, reseñada en ADC, Tomo LXXII, 2019, fasc. IV, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, págs. 1461-1515.

Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha y otras normas en materia medioambiental y fiscal, por considerar que dicha regulación contraviene el régimen sustantivo del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, así como el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en dicha materia.

El mencionado art. 1.5 da nueva redacción al art. 8 de la Ley 3/2015, que queda como sigue: «1. En cuanto a la responsabilidad por los daños de accidentes que provoquen especies cinegéticas por irrupción en las vías públicas, se estará a lo dispuesto en la legislación estatal. 2. Los titulares cinegéticos serán responsables de los daños causados en las explotaciones agrarias por las piezas de caza que procedan de sus acotados. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos que conforman el coto. La responsabilidad de la indemnización por los daños agrícolas, forestales o ganaderos producidos por especies cinegéticas provenientes de zonas de seguridad motivadas por la existencia de autopistas, autovías, líneas férreas o infraestructuras hidráulicas, será del titular de la infraestructura. Dicho titular será, además, el responsable de controlar en la zona de seguridad las especies cinegéticas que provoquen este tipo de daños».

El Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, al que se le dio la tramitación oportuna.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.*—Tras su personación, las partes y demás intervinientes llevaron a cabo las siguientes consideraciones:

– El recurrente basa su demanda en dos grandes líneas argumentales: 1) La norma autonómica impugnada imputa responsabilidad por daños al titular de la infraestructura sin tomar en consideración si tales daños tienen relación de causalidad con el servicio prestado, lo que a su entender infringe el art. 106.2 CE y vulnera el orden constitucional de distribución de competencias, al establecer una regulación incompatible con lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público [en adelante, LRJSP], dictada al amparo del art. 149.1.18 CE; 2) Además, la regulación impugnada se proyecta y afecta también a infraestructuras que son competencia del Estado conforme al art. 149.1.21 y 24 CE.

– El Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha solicita la íntegra desestimación del recurso de inconstitucionalidad. Sostiene, en síntesis, que, conforme a las competencias de la comunidad autónoma en materia de caza, aquélla puede establecer su propia norma de responsabilidad indemnizatoria en virtud del principio de especialidad. Por lo demás y con cita de la STC 61/1997, de 20 de marzo, afirma que el precepto impugnado no vacía de contenido la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, sino que define y concreta el título de imputación del daño entendiendo a la intervención que los distintos sujetos implicados tienen en la producción del mismo. Opción legislativa que, a su entender, no excluye la posibilidad de acudir al art. 1902 del Código civil o al art. 32 LRJSP para determinar una eventual responsabilidad acudiendo a cualquier título de imputación legalmente idóneo. Por último y en lo relativo a la alegada vulneración de las competencias estatales, alega que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias.

– La Letrada de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se opone igualmente al recurso de inconstitucionalidad. Su línea argumental gira en torno a defender que el primer inciso del precepto impugnado se limita a trasladar lo establecido en el art. 1906 del Código civil y en el art. 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, al supuesto de la fauna cinegética que habita en las zonas de seguridad de las infraestructuras públicas. Y así, con base en las SSTC 61/1997, 164/2001 y 112/2018, sostiene la Letrada que la competencia del Estado no impide que las comunidades autónomas puedan regular, como mecanismo de garantía adicional, supuestos concretos de exigencia de responsabilidad patrimonial de la administración que sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada.

3) *Posición del Tribunal.*—El Tribunal inicia su argumentación concretando la cuestión que debe ser objeto de examen. Exactamente, el segundo párrafo del art. 8.2 de la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha, en la redacción dada por la Ley 2/2018, de 15 de marzo, cuando expresa que «la responsabilidad de la indemnización por los daños agrícolas, forestales o ganaderos producidos por especies cinegéticas provenientes de zonas de seguridad motivadas por la existencia de autopistas, autovías, líneas férreas o infraestructuras hidráulicas, será del titular de la infraestructura. Dicho titular será, además, el responsable de controlar en la zona de seguridad las especies cinegéticas que provoquen este tipo de daños».

A continuación, con cita de numerosas sentencias (SSTC 111/2014, de 26 de junio, 36/2017, de 1 de marzo, 154/2017, de 21 de diciembre y 13/2019, de 31 de enero), precisa que en el caso examinado, contrariamente a lo sostenido por los representantes de la Junta de Comunidades y de las Cortes de Castilla-La Mancha, «cualquier consideración sobre la falta de impugnación de disposiciones o actuaciones previas de contenido idéntico o similar al del objeto del proceso resulta completamente irrelevante en el ejercicio de nuestra jurisdicción».

Ya con relación a la cuestión de fondo planteada en el recurso de inconstitucionalidad que da origen a la sentencia examinada, el Tribunal centra el planteamiento indicando que el mismo descansa sobre la articulación de la norma autonómica con respecto, de un lado, al sistema de responsabilidad de las administraciones públicas establecido en el art. 32 LRJSP; y, de otro, con relación a las competencias del Estado sobre las infraestructuras a las que se refiere la norma (autopistas, autovías, líneas férreas o infraestructuras hidráulicas). En este marco, el Tribunal procede a dar respuesta a dos preguntas:

4) *¿La nueva redacción del art. 8.2 in fine de la Ley 3/2015 excluye la exigencia de los requisitos del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que establece el art. 32.1 LRJSP?*

El primer párrafo del apartado 1 de este art. 32 prevé que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

En consecuencia, del sistema de responsabilidad patrimonial previsto en el art. 32 LRJSP resulta la «necesidad de formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio producido con la

actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración pública» (STC 112/2018, FJ 5).

Recordemos ahora el texto del art. 8.2 impugnado: «La responsabilidad de la indemnización por los daños agrícolas, forestales o ganaderos producidos por especies cinegéticas provenientes de zonas de seguridad motivadas por la existencia de autopistas, autovías, líneas férreas o infraestructuras hidráulicas, será del titular de la infraestructura. Dicho titular será, además, el responsable de controlar en la zona de seguridad las especies cinegéticas que provoquen este tipo de daños».

Según el recurrente, esta última regla establece como único título de imputación de responsabilidad la titularidad de la infraestructura, sin tener en cuenta si los daños pueden conectarse causalmente con el servicio prestado o no, como establece el antes transcrito art. 32 LRJSP.

El Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha propone una interpretación favorable a la compatibilidad de ambas regulaciones.

Previo a abordar la cuestión planteada, el Tribunal recuerda que, conforme a lo previsto en el art. 149.1.18 CE, corresponde al Estado establecer el régimen de responsabilidad de las administraciones públicas. No obstante, las comunidades autónomas pueden prever otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre con respeto a las normas estatales. Es decir, sin merma del sistema o criterios de imputación de responsabilidad previstos en la Ley estatal, pueden las comunidades ampliar o completar este régimen de responsabilidad. Ésta y no otra es la interpretación que merece la norma impugnada. Y así, si se entendiera que esta norma autonómica establece como único título de imputación la titularidad de la infraestructura, ciertamente contravendría lo dispuesto en el art. 32 LRJSP y en el art. 149.1.18 CE.

Sin embargo, con cita de la STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5, reflejo de la doctrina favorable a una interpretación acorde al principio de conservación de la norma, concluye el Tribunal considerando que en la norma autonómica cuestionada se establece no solo la obligación de indemnización, sino también la obligación de que los titulares de determinadas infraestructuras controlen las especies cinegéticas que provocan los daños y que habitan en las zonas de seguridad como consecuencia de la existencia de dichas infraestructuras. Interpretado de este modo, el precepto impugnado no impediría la aplicación de la regulación estatal, ya que sí concurriría la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos –obligación de control– y el daño que eventualmente produzcan las especies cinegéticas.

5) *¿La aplicación de la responsabilidad regulada en el art. 8.2 in fine de la Ley 3/2015 sobre infraestructuras de competencia del Estado vulnera el art. 149.1.21?*

El art. 149.1.21 CE determina que corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad autónoma y sobre obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma, lo que determina que hay carreteras (STC 65/1998, de 18 de marzo), infraestructuras ferroviarias (SSTC 245/2012, de 18 de diciembre, y 124/2016, de 23 de junio) y obras hidráulicas (SSTC 59/2013, de 13 de marzo; 202/2013, de 5 de diciembre, y 154/2014, de 25 de septiembre) de titularidad estatal.

En consecuencia, se trata de resolver el problema de colisión entre dos títulos competenciales materialmente distintos sobre los que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma. No es una cuestión

novedosa y el Tribunal nos recuerda que en estos casos, conforme a reiterada doctrina constitucional, «los títulos competenciales estatales y autonómicos que se proyectan sobre el mismo espacio físico, pero que tienen distinto objeto jurídico, se limitan recíprocamente y se integran preferentemente a través de fórmulas de cooperación o coordinación [...]» (con cita de las SSTC 166/2000, de 15 de junio y 5/2013, de 17 de enero). Mecanismos de cooperación o ponderación de ambos intereses, en este caso contrapuestos, que según el Tribunal no concurren en la norma examinada al imponer dos obligaciones específicas (la de control de las especies cinegéticas que provoquen determinados daños y, en su caso, la de indemnizar por los mismos) y determinar dónde debe cumplirla (la denominada zona de seguridad que fija la legislación autonómica), «sin tener en cuenta los intereses estatales en presencia, ni hacer intento alguno de coherencia la competencia autonómica con las sectoriales estatales».

6) *Decisión.*—En consecuencia, atendiendo al interés general que subyace en la atribución de competencias exclusivas estatales, que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, se estima el recurso únicamente en lo relativo a las infraestructuras de titularidad estatal, si bien con la precisión de que el precepto impugnado no se declara nulo, pero sí inconstitucional.

STC 99/2019, 18 de julio.

CI: Estimado.

Ponente: González. Voto discrepante: Roca y Montoya.

Conceptos: Dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

Identidad personal. Intimidación. Rectificación de la mención del sexo y el nombre en el Registro civil. Disforia de género y transexualidad. Mayoría y minoría de edad. Madurez y minoría de edad. Necesidad de incorporar al precepto impugnado la valoración de la madurez del menor y la estabilidad de su situación. Estabilidad del estado civil y orden público.

Preceptos de referencia: Art. 1 de la Ley 3/2007 reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Arts.10.1 y 18.1 CE.

Resumen: Limitar a los mayores de edad la legitimación para solicitar la rectificación del sexo y el nombre que constan en el Registro Civil, en casos de disforia de género o transexualidad, es contrario a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. Los menores deben poder instar la rectificación, al menos cuando su grado de madurez es suficiente y la disforia de género puede considerarse estable y consolidada. El voto particular sostiene, por el contrario, que la exclusión de la legitimación de los menores entra perfectamente en el marco de los principios y derechos constitucionales. La solución podrá ser mejor o peor, pero el legislador tiene margen para decidir en uno u otro sentido.

1) *Antecedentes.*—El caso al que se enfrentaron, sucesivamente, el encargado del Registro civil, las diversas instancias de la jurisdicción ordinaria hasta llegar al Tribunal Supremo y, al fin, el Tribunal Constitucional (TC),

resulta del mayor interés, por diversos motivos que hacen de él un excelente candidato a material de trabajo en el viejo primer curso de Derecho civil, dedicado a Parte General y Persona. Su protagonista es un menor nacido como mujer pero que, casi desde que tuvo conciencia, se sintió y se consideró varón, y así lo aceptaron y trataron sus progenitores. En el primer Antecedente de la sentencia del (TC) se resume la situación con mayor detalle: «Doña P.G.A. (en adelante el menor) nació en B. (Huesca) el 20 de marzo de 2002 y se inscribió en el registro civil de B. (Huesca) con nombre y sexo de mujer. Desde edad muy temprana el menor manifestó sentirse varón y preferir usar un nombre masculino y así parece que fue aceptado en su entorno familiar y social. Con fecha 1 de julio de 2014 fue diagnosticado por el equipo médico –compuesto por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo– de la unidad de identidad de género de Barnaclinic, entidad vinculada al hospital Clínico de Barcelona para la prestación de servicios no financiados por el sistema público de salud. En el informe se afirma que “[E]l paciente presenta un fenotipo totalmente masculino, y está totalmente adaptado a su rol masculino”, sin que se detecte ninguna patología psiquiátrica relevante que pueda influir en su decisión de cambio de sexo, por lo que se le deriva al médico endocrino para prescribir un tratamiento hormonal. Así mismo, el informe hace constar a quien proceda ante el registro civil que el paciente «cumple los requisitos solicitados por la ley de identidad de género, aprobada por el Congreso de los Diputados el 1 de marzo de 2007, para solicitar el cambio de nombre y sexo en el registro, y en los documentos pertinentes», argumentando que la exigencia legal de tratamiento hormonal para acomodar las características físicas de la persona a las del sexo reclamado no sería de aplicación según la propia ley cuando concurran circunstancias de edad que imposibiliten ese tratamiento, como ocurre en este caso, “ya que el paciente no pudo hormonarse con anterioridad, pues por edad no había empezado el cambio puberal, por lo que el tratamiento hormonal no tenía sentido de ser aplicado”».

Con tales antecedentes, los padres, como representantes legales del menor y por tanto en su nombre, promovieron expediente gubernativo ante el registro de B., pidiendo la rectificación registral del sexo y nombre del interesado. Todo ello al amparo de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Se trata de una ley breve, destinada según su preámbulo a «regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género», incluyendo también el «cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado». En el propio preámbulo se explica que la transexualidad, «considerada como un cambio de la identidad de género», es una realidad a la que debe darse respuesta «con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas».

La solicitud, sin embargo, fue rechazada precisamente por tratarse de un menor, que en aquel momento tenía 12 años de edad. En este sentido, la claridad del art. 1.1 de la Ley 3/2017 no dejaba margen de maniobra, salvo –quizá– para los menores emancipados, condición que sin embargo no ostentaba el menor protagonista del caso. Según primer párrafo del citado precepto: «Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención

registral del sexo». Los interesados acudieron entonces a la jurisdicción ordinaria. Pero el resultado fue el mismo. Tanto en primera instancia como en apelación la pretensión de rectificación registral de sexo y nombre fue desestimada. Cabe observar que, tanto el juez de primera instancia como la Audiencia, se mostraron muy sensibles a las razones y argumentos –de mucho peso– de los demandantes. Pero la claridad de la ley no les permitía estimar la demanda. La «voluntas legislatoris» sonaba aún muy cerca pues la ley era de 2017 y en su tramitación se rechazaron enmiendas que habrían permitido incluir a los menores entre los legitimados. No había margen para esa bonita operación que permite desplazar a la penumbra la «voluntas legislatoris» para poner el foco de atención sobre la «voluntas legis». Buscando una coartada material –en absoluto absurda– juzgado y Audiencia añadían la necesidad de cerciorarse de la estabilidad e inamovilidad de la situación, esperando para ello hasta la mayor edad. En definitiva, uno y otra aceptaron la constitucionalidad de la norma y la aplicaron en sus propios términos.

2) *Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.*–El Tribunal Supremo (TS), al que acabó llegando el caso, fue de otro parecer. A su juicio la norma era clara y no cabían interpretaciones correctoras que hicieran posible admitir las pretensiones del menor. Pero, al propio tiempo, consideraba que era inconstitucional. Se daba pues esa situación de doble sujeción (a la ley ordinaria postconstitucional y a la Constitución) en la que los jueces no tienen más salida que acudir al Tribunal Constitucional. Como explica el preámbulo de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ) «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza, con ello, la vinculación del juzgador para con la norma fundamental, y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema».

En un extensamente motivado e interesante auto de 10 de marzo de 2016 (ponente Sarazá, ECLI: ES:TS:2016:1790A, voto particular discrepante de Sancho), el TS acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad del art.1 de la Ley 3/2017, por vulneración de los arts. 15 (integridad física y moral), 18.1 (intimidad) y 43.1 (salud) en relación con el art.10.1 (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), todos ellos de la Constitución, «en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre». Los demandantes también sostenían la inconstitucionalidad del art. 4.1 de la Ley 3/2017, en cuanto exige diagnóstico y tratamiento médico de la disforia de género durante al menos dos años, pero el Tribunal Supremo dejó este precepto al margen de la cuestión ya que, en el caso planteado, el primer requisito se cumplía y el segundo, se cumpliera o no, no era exigible al ser aplicable la excepción del art. 4.2 pues el tratamiento hormonal no era aconsejable antes de la pubertad (según el citado art. 4.2 de la Ley 3/2017: «Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia»).

3) *Posiciones de las partes.*—Durante la tramitación de la cuestión, el abogado del Estado sostuvo la constitucionalidad de la ley, mientras que la fiscalía general del Estado pidió que se declarase inconstitucional. Otro tanto hicieron los padres del menor. Esta fue la tesis que al fin se impuso en el TC, aunque no sin un voto parcialmente discrepante de dos magistrados. Seguidamente se reseñan los aspectos más relevantes de la sentencia, en el mismo orden en que esta los trata.

4) *Cuestión preliminar: anonimato de las partes implicadas y uso neutro del término «menor».*—Como es sabido, las sentencias de los tribunales ordinarios se publican sin identificar a los protagonistas de los litigios. El Tribunal Constitucional sigue el criterio opuesto, aunque hace una excepción en algunos casos, entre ellos aquellos en los que están implicados menores. Así se hace en la sentencia reseñada con remisión a la doctrina sentada al respecto en sentencias anteriores. Pero, además, el tribunal parece haber sentido una cierta incomodidad lingüística, de la que deja constancia al aclarar que «las referencias que a lo largo de esta sentencia se hacen al menor en relación al cual se ha suscitado este proceso, pretenden serlo en sentido genérico o neutral, como equivalente a persona menor de edad, sin expresar ninguna connotación sobre su sexo ni sobre su identidad de género». (FJ 2).

5) *Derechos fundamentales y principios constitucionales afectados por la norma cuestionada: Sí, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad; no, los derechos a la integridad física y moral y a la salud.*—Como explica el TC, se trata de saber si reservar a los mayores de edad la posibilidad de pedir el cambio del sexo y nombre que constan en el registro en supuestos de transexualidad, va contra algún principio o derecho constitucional y, en su caso, cuál o cuáles. A este respecto, la sentencia explica que el art. 1.1 Ley 3/2017 «en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE» [FJ 4, a)]. Sobre esa base, la sentencia considera que también está en juego el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Como explicaba el TS en el auto de planteamiento, la constancia registral de un sexo opuesto a aquel con el que desarrolla su vida, expone a la persona constantemente al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse de forma oficial. En la misma línea, el TC considera que la norma impugnada no solo afecta al art. 10.1 sino también al 18.1 CE «a lo que debe añadirse que se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona» [FJ 4, b)].

Por el contrario, el TC no considera que la norma pueda afectar a los otros bienes jurídicos mencionados en el auto del TS y reconocidos en los arts. 15 CE (integridad física y moral) y 43 CE (salud). En el caso, la invocación de tales preceptos y bienes «no va ligada a la necesidad de someterse a cirugías de readaptación (la normativa española no establece este requisito para la rectificación registral del sexo) o a otro tratamiento con incidencia corporal» y, por otra parte, «aun reconociendo la angustia y frustración que [la situación] puede generar, no reviste la intensidad suficiente» como para considerar que constituye un trato inhumano y degradante, capaz de comprometer la integridad moral [FJ 4, c)]

6) *Titularidad y ejercicio de la dignidad y desarrollo de la personalidad y del derecho a la intimidad por parte de los menores.*—En relación con este punto el TC recurre a su propia doctrina y recuerda sentencias anteriores en las que ha tenido que abordar la cuestión de la titularidad y ejercicio de posiciones jurídicas por parte de los menores de edad, en función de su grado de madurez. Concretamente las siguientes: STC 183/2008 (derecho a ser oído en juicio y a «instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal», FJ 5 de la sentencia reseñada); STC 141/2000 (derechos a la libertad de creencias y a la integridad moral, «sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar», FJ 5 de la sentencia reseñada); STC 154/2002 (rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para la vida).

Tomando pie en la última de las sentencias mencionadas, concluye el TC que «nada obsta, sin embargo, a que se generalice este criterio (reconocer tanto al mayor como al menor, con las excepciones que requieran otras relaciones jurídicas, un margen de libre configuración respecto de las opciones fundamentales de vida, entre las que se cuenta la definición de la propia identidad) y se proyecte, como asimismo aduce el auto de planteamiento, sobre la capacidad misma de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida del Derecho» (FJ 5).

7) *Control de proporcionalidad de medidas legislativas.*—Es obvio que no basta que una norma afecte al derecho a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad para que sea inconstitucional. Esto solo sucederá si la incidencia o afectación es desproporcionada. Para decidir si lo es o no, la doctrina del TC prevé un análisis en dos fases. En primer lugar, se debe determinar si la finalidad de la norma es constitucionalmente legítima. En segundo, hay que «revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado», cosa que exige, a su vez «verificar [...] el cumplimiento de “la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”» (FJ 6, con cita de la STC 64/2019).

8) *Primera parte del canon: La protección del menor puede ser un objetivo constitucionalmente legítimo para justificar la restricción de su legitimación.*—El auto del TS señalaba dos posibles objetivos que, en abstracto, podrían justificar la restricción de la legitimación a los mayores de edad: de un lado, «consideraciones de orden público conectadas con la estabilidad e indisponibilidad del estado civil» y, de otro, la «protección de la persona menor de edad» (FJ 7 de la sentencia reseñada). El TC coincide con el TS en descartar el primero. El orden público se centra en «el reconocimiento y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos», en tanto que

«otros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos [en él], como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria» (FJ 7). En cambio, en lo que atañe al segundo, el TC considera que sí podría ser una justificación de la restricción. En este sentido señala que: «el interés superior del menor inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales» (FJ 7).

9) *Segunda parte del canon: la medida no es proporcionada al no tener en cuenta el grado de madurez del menor y la eventual situación estable de transexualidad.*—La proporcionalidad, *lato sensu*, solo se dará si la medida restrictiva de que se trate es adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

En cuanto a la primero (adecuación) «es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue» y, en el caso concreto, «no cabe negar de un modo absoluto a la restricción general que contiene la norma cuestionada una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas» [FJ 8, a)].

En cuanto a lo segundo (necesidad), «sólo cabrá calificar una norma legal como innecesaria cuando “resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos”» [FJ 8, b), con cita de la STC 136/1999]. El auto de planteamiento sostiene que la norma es innecesaria por cuanto existiría la alternativa de incorporar la madurez y la estabilidad de la situación. Tal como el TC resume el planteamiento del TS: «la medida alternativa menos gravosa considerada por el órgano remitente es aquella en que la exigencia de la mayoría de edad no se proyectase sobre los menores de edad “con madurez suficiente” y que se encuentren “en situación estable de transexualidad”» [FJ 8, b), con cita del auto del TS]. Planteada la cuestión en estos términos hay que «verificar si los beneficios obtenidos por la aplicación de la norma sean de una entidad tal que compensen la gravedad de los sacrificios» [FJ 8, b)]. Ello exige que el análisis del tercer elemento (la proporcionalidad en sentido estricto) deba ser especialmente incisivo. Y es aquí donde, al fin, se decide la cuestión.

Al valorar este tercer elemento (proporcionalidad *stricto sensu*), «el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad” [...] representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad» [FJ 8, c)]. De este modo, concluye el TC, en la medida en que el art. 1.1 de la Ley 3/2017 «se aplica “sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con ‘suficiente madurez’ y en una ‘situación estable de transexualidad’ y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las

menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad”» [FJ 8, c)].

En consecuencia, y en línea con las sentencias 26/2017 y 79/2019, el TC declara que el art. 1.1 de la Ley 3/2017 es inconstitucional, si bien «únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”» (Fallo).

10) *Voto particular discrepante.*—La magistrada Roca, a quien se adhiere Montoya, discrepa de la mayoría y no en un aspecto accesorio. A su juicio, la decisión tomada por el legislador está dentro de lo que la Constitución permite, sea o no la óptima.: «Entiendo que la labor del Tribunal Constitucional no es la de indicar al legislador cuál es la mejor opción legislativa dentro de las múltiples posibilidades que la Constitución ofrece, sino la defensa objetiva de la Constitución» (FJ 1). «Creo que existen argumentos jurídicos suficientes para afirmar que la norma cuestionada es constitucional, al igual que también serían constitucionalmente legítimas otras opciones legislativas como la que se propone en la sentencia de la que discrepo, pues sólo puedo calificar de propuesta legislativa la argumentación dirigida a optimizar la ley, lo que nada tiene que ver con su inconstitucionalidad, alejándose así del papel que le corresponde a este Tribunal en el Estado de Derecho» (F 3).

Se trata de enjuiciar, añade, «si el requisito de la mayoría de edad para cambiar la mención registral choca frontalmente con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o con la protección de la dignidad de la persona que se desprende del art. 10.1 CE. Creo que tales vulneraciones no concurren en el caso que nos ocupa» (FJ 3).

La conclusión del voto discrepante es particularmente contundente: «En suma, la sentencia de la que discrepo reconduce el juicio de constitucionalidad a un test de proporcionalidad, pero dicho análisis no se lleva a cabo desde un estudio detallado del contenido del derecho fundamental supuestamente infringido, sino que los argumentos parecen dirigidos a la optimización de la norma, pero no a declarar la inconstitucionalidad de la misma. En igual sentido y con parecidos argumentos podríamos entender que la edad límite de escolarización obligatoria no resulta la óptima en relación con el ejercicio del derecho a la educación, al igual que la de extracción de órganos respecto al derecho a la integridad, el consumo de alcohol o tabaco sobre el derecho a la salud, el secreto de las comunicaciones o el domicilio del menor en cuanto a la libertad personal y de circulación y de residencia, el ejercicio del derecho al voto y al derecho de participación política» (FJ 5). El resultado, dice el voto discrepante, sería un fallo «confuso y con un efecto impreciso» (*ibidem*), aunque parece razonable entender que la sentencia exige rectificar el art. 1.1 de la Ley 3/2017 para incorporar las referencias a la madurez del menor y a la estabilidad de la disforia de género.

STC 108/2019, de 30 de septiembre.

RA: Estimado.

Ponente: Valdés.

Conceptos: Principio de prohibición de discriminación por razón de sexo. Incorporación al trabajo. Baja por maternidad.

Preceptos y normas de referencia: art. 14 CE; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Resumen: El hecho de que se impidiera a una mujer el derecho de acceso a la plaza que obtuvo en un proceso selectivo por su estado de maternidad la coloca en clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre, lo que vulnera el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

1) *Antecedentes del caso y alegaciones ante el Tribunal.*—La recurrente en amparo denunció ante los Tribunales que, tras superar un proceso selectivo para cubrir un puesto de trabajo en el INE mediante un contrato de interino por sustitución y obtener la mejor puntuación, se le impida la incorporación a la relación laboral que tiene que constituirse con posterioridad por no poder realizar el trabajo de manera inmediata al estar en situación de baja por maternidad.

El Organismo INE alegó que no hubo discriminación, toda vez que la decisión no se produjo por razones de sexo sino por el incumplimiento por la interesada del deber de incorporarse a la plaza solicitada, desde la que podía haber pedido la baja por maternidad; además de frustrarse la finalidad del proceso selectivo vista la «urgencia e inmediatez» con la que debía cubrirse la plaza.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estima que el hecho de que la empresa, ante la no efectiva incorporación de la demandante, procediera a contratar a la siguiente aspirante por orden de puntuación en la lista, atañe a un tema de legalidad ordinaria, la cual puede incumplirse sin que exista una motivación discriminatoria.

La recurrente en amparo solicita la declaración de vulneración del art. 14 CE y la anulación de la sentencia de suplicación dictada por el Tribunal de anterior referencia.

2) *Posición y decisión del Tribunal.*—El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Tras ello, destaca que en este caso hay una serie de factores que le dotan de singularidad. Y así, de un lado, la eventual discriminación por razón de sexo se da cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual, lo que no es óbice para considerar que aquella concurre, ya que, en propias palabras del Tribunal, «el art. 14 CE, en su tutela antidiscriminatoria, gobierna también esa fase del curso laboral y sus formalizaciones jurídicas». Por otra parte, también concurre el deber de la administración de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles. En tercer lugar, el perjuicio para la recurrente es patente, siendo indiferente que quedase o no acreditado el elemento intencional o la motivación del INE, ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva. Por último, es irrelevante que en el caso examinado se contratara finalmente a otra mujer y madre trabajadora.

En definitiva, «Está fuera de duda, en efecto, la obligatoriedad de la formalización del contrato, que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su sexo, pero también que la maternidad fue lo determinante y, solo en ella, la diferencia en el resultado producido».

En consecuencia, el Tribunal declara que se vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo.

STC 116/2019, de 16 de octubre.

RI: Desestimado.

Ponente: Roca.

Conceptos: Derecho de propiedad. Límites y limitaciones. Potestad expropiatoria de los poderes públicos. Utilidad pública e interés social. Rutas senderistas.

Preceptos de referencia: art. 50 Ley 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca; arts. 24.1, 33.3 y 53.1 CE.

Resumen: «A la vista de los objetivos perseguidos por la Ley autonómica 13/2018, concurre la finalidad de utilidad pública o interés social que ha de legitimar cualquier medida de naturaleza expropiatoria».

1) *Antecedentes del caso.*—Más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario en el Congreso de los Diputados interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra el art. 50 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca, por vulneración del art. 33.3 CE.

El mencionado precepto dispone que la homologación provisional de la aprobación de planes especiales o proyectos de rutas senderistas lleve implícita la declaración de utilidad pública, entre otros, de los terrenos necesarios para ejecutarlos. En concreto, se prevé que esa disponibilidad derivará de la alienación o cesión voluntaria de las personas titulares, mediante convenios de colaboración, de la implantación de servidumbres de paso, de contratos de compraventa o de otros mecanismos válidos en derecho.

El Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, al que se le dio la tramitación oportuna, con traslado de la demanda y documentos presentados, al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno y al Parlamento de les Illes Balears.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:*

– Los recurrentes consideran que el precepto impugnado es contrario al art. 33.3 CE, como precepto regulador de las garantías constitucionales de la expropiación forzosa, con relación al art. 53.1 CE, precepto que proclama el respeto de la Ley al contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, por no estar justificada la utilidad pública o interés social necesarios para el ejercicio de la potestad expropiatoria. Sostienen, en consecuencia, que tal previsión normativa, que anuda la declaración de utilidad pública a la aprobación de los planes especiales y proyectos de rutas senderistas, constituye un exceso o extralimitación del legislador, que establece una exigencia sobre la propiedad privada.

– El Gobierno de Les Illes Balears se opone al recurso. Su argumentación pivota sobre las siguientes consideraciones: 1) La técnica expropiatoria prevista en el precepto impugnado se establece con carácter excepcional o residual y es respetuosa con los derechos patrimoniales de los particulares, que podrán controlar dicha operación y hacer valer sus derechos e intereses (art. 24.1 CE); 2) El legislador balear dispone de títulos competenciales que le permiten regular la causa expropiandi y ha hecho uso de dicha potestad con respeto a las garantías que impone el art. 33 CE y la Ley de expropiación forzosa; 3) El mencionado art. 50 de la ley 13/2018 prevé el uso de la técnica

expropiatoria de manera adecuada, razonable y proporcionada para la persecución del interés general; y 4) La medida es idónea, necesaria y eficaz.

En definitiva, se defiende por el Gobierno Balear que la declaración de utilidad pública es plenamente acorde con la función social de la propiedad y la prevalencia de intereses públicos superiores a los que debe responder el instituto expropiatorio.

– El Parlamento de las Illes Balears no se persona en el procedimiento ni formula alegaciones.

3) *Posición del Tribunal.*—De entrada, el Tribunal lleva a cabo una breve exposición del contenido de la Ley 13/2018 a fin de examinar lo alegado por los recurrentes. Se centra especialmente en la regulación de las rutas senderistas, que la norma distingue de aquellas previsiones reservadas a los caminos públicos.

Entrando de lleno en la cuestión planteada, nos recuerda su propia doctrina sobre el art. 33.3 CE (con cita de sentencias como las SSTC 154/2015, de 9 de julio y 45/2018, de 26 de abril, entre otras), al que considera debe ceñirse la cuestión planteada.

En particular, trae a colación la doctrina sobre el instrumento expropiatorio y el necesario y justo equilibrio entre la salvaguardia del derecho de propiedad y las exigencias del interés general. En lo que ahora interesa, debe destacarse la necesidad, a la que hace referencia el Tribunal, de una norma legal habilitante que establezca el supuesto de utilidad pública o interés social —*causa expropriandi*— que legitime la privación forzosa de bienes o derechos patrimoniales de los particulares en beneficio de la colectividad. De tal forma que, en sus propias palabras, «en la medida en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se producirá, ya que ese contenido no exige, ni conlleva, ineludiblemente, el que la declaración de utilidad pública o interés social se encuentre previa y genéricamente amparada en una ley general que contenga una tipificación o catálogo tasado de los fines legitimadores de la expropiación» (v. la STC 37/1987, FFJJ 2 y 6,). Su carácter es instrumental, no finalista, por lo que dependerá de lo que en cada momento constituya utilidad pública o se considere de interés social «de acuerdo con la dimensión social de la propiedad privada y con los principios establecidos e intereses tutelados por la Constitución».

Dicho esto, el Tribunal se centra en la regulación de las rutas senderistas que contiene la Ley 13/2018 y entra de lleno en el examen del primer apartado del art. 50 impugnado que, como se ha visto, vincula la aprobación de los planes especiales o proyectos de rutas senderistas a la declaración de utilidad pública de los terrenos necesarios para ejecutarlos.

Estos fines de utilidad pública o interés social han sido cuestionados por los recurrentes. Sin embargo, el Tribunal, con referencia al art. 2 de la propia norma, definitorio de los principios generales de la Ley 13/2018, aplicables tanto a caminos como a rutas senderistas, entiende que, al margen de que la práctica del senderismo tiene una finalidad de carácter socioeconómico —v. STC 42/2018, de 26 de abril, FJ 5 c—, la declaración legal de utilidad pública en este caso está justificada y responde a finalidades legítimas y al interés social. Y así, más allá del establecimiento de rutas para excursiones, a lo que parecía quedar reducida la norma según los recurrentes, tiene por objeto, en propias palabras del Tribunal, «[...] la necesidad de garantizar una utilización adecuada de estas rutas, permitiendo un uso público compatible con la

preservación de los valores naturales, culturales y etnológicos propios de las mismas, facilitando una mayor sensibilización ambiental, al acercar la población a la naturaleza y al medio rural en general [...]» (con cita de la STC 118/2017, de 19 de octubre, FJ 4). «Estos fines, además, se conectan con una actividad pública, bien la de ordenación integral de las rutas senderistas (supuesto de los planes especiales) o bien la realización de una obra pública concreta (en el caso del proyecto de ruta senderista), con lo que la cuestionada declaración también asegura el cumplimiento de las determinaciones de los instrumentos de planificación previstos por la ley en esta materia».

Añade el Tribunal, en apoyo de la legitimidad de esta previsión legal, que las rutas senderistas discurren preferentemente por caminos públicos o fincas públicas y que si lo hacen por terrenos privados, la cuestionada potestad expropiatoria prevista en el artículo 50, de constante referencia, tiene un carácter excepcional o residual, privilegiando los mecanismos de acuerdo o concertación con los particulares (arts. 46.2 y 50.2 Ley 13/2018).

Además, la declaración legal no priva del control judicial a los eventuales afectados por una expropiación.

Por último y en lo que respecta a la mención “preferentemente” del segundo apartado del art. 50, en relación con la adquisición de terrenos a particulares mediante el uso de técnicas negociales, señala, con cita de las SSTC 48/2005, FJ 6 y 170/1989, de 19 de octubre, FJ 5, que es «habitual y razonable que las pretensiones adquisitivas del poder público procuren articularse con los instrumentos jurídicos menos gravosos para los particulares, sirviéndose del negocio jurídico privado antes que del recurso a las facultades de imperium, que habrán de desplegarse solo cuando el interés público razonablemente lo demande».

4) *Decisión.*—En consecuencia, el Tribunal desestima el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 50 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca.

STC 122/2019, 28 de octubre.

RA: Estimado.

Ponente: Narváez.

Conceptos: Requerimiento de pago en procedimiento monitorio. Tutela judicial efectiva. Necesario emplazamiento personal y no a través de dirección electrónica.

Preceptos de referencia: arts. 155.1 y 273.3 LEC; Art. 24 CE.

Resumen: La utilización de la dirección electrónica en el primer acto de comunicación o emplazamiento del demandado no garantiza la correcta notificación.

1) *Antecedentes del caso.*— En un procedimiento monitorio, el requerimiento de pago fue enviado al demandado por notificación electrónica, generando el sistema el rechazo automático de la notificación, tras haber transcurrido diez días desde su puesta a disposición para su acceso.

Al no contestar el demandado, el Letrado de la administración de justicia dispuso el archivo del procedimiento monitorio y el traslado al acreedor para que pudiese presentar demanda de ejecución.

El demandado promovió incidente de nulidad de actuaciones puesto que no fue emplazado ni en su domicilio social ni mediante edictos por lo que entendía vulnerados los artículos 155 y 165 de la LEC, causándole ello indefensión porque no pudo oponerse a la demanda monitoria.

El Juzgado inadmitió la solicitud de nulidad aplicando el artículo 162.2 LEC según el cual cuando se ha remitido un acto de comunicación por medios técnicos, si transcurren tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:*

– El demandado recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional la providencia que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones, pues se le emplazó a través de la dirección electrónica.

Es cierto que el artículo 273.3 LEC impone a las personas jurídicas la obligación de intervenir a través de medios electrónicos con la administración de justicia, pero el artículo 155 LEC dispone respecto de las partes aún no personadas la remisión de la cédula de emplazamiento a su domicilio.

– El Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo. Sostiene que el Juzgado desconoció la aplicabilidad de los art. 155 y 273 LEC al caso concreto. No debió prescindir de la notificación personal.

3) *Posición y decisión del Tribunal.*—El Tribunal Constitucional estima el amparo solicitado porque el régimen legal para el primer emplazamiento es el del artículo 155.1 de la LEC, es decir, remisión al domicilio y no comunicación por medios electrónicos.

El requerimiento de pago que se efectúa en el procedimiento monitorio es el primer acto de comunicación con el demandado y el artículo 815.1 de la LEC que lo regula remite al art. 161 LEC en cuanto a su notificación (entrega al destinatario en la sede del tribunal o en su domicilio), por lo que no se puede utilizar la dirección electrónica.

El hecho de que haya habido una reclamación extrajudicial previa, práctica usual por otra parte, no implica falta de diligencia debida en el demandado por no estar atento al correo electrónico tras ese aviso.

STC 132/2019, de 13 de noviembre ⁵.

RI.: Estimado parcialmente.

Ponente: Balaguer. Votos particulares: Ollero y otros.

Conceptos: Obligaciones y contratos. Competencias en materia de Derecho Civil y legislación procesal. Comunidad autónoma de Catalunya; Compraventa; Permuta; mandato y contrato gestión de asuntos ajenos; Condición resolutoria.

Preceptos de referencia: arts. 3, 4 y 9 Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña,

⁵ Para una lectura más amplia y un examen pormenorizado de los argumentos del Tribunal Constitucional en esta sentencia, nos remitimos al trabajo «Una lectura constitucional del derecho de contratos (La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos)», BLANCO MARTÍNEZ, E.V., ADC, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 851-910.

relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto; art. 149.1.8 CE.

Resumen: La regulación autonómica impugnada, con la excepción que se dirá, no interfiere en la estatal, ya que no ha supuesto una invasión de competencias ni interferencia alguna, por ahora, en la regulación estatal. Por lo demás, respeta el principio de unidad de mercado.

Sin embargo, el art. 621.54.3 del Código civil de Cataluña, regulador de un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos a través de un procedimiento notarial, constituye una norma procesal de resolución extrajudicial de conflictos, cuyo ámbito legislativo está reservado por el art. 149.1.6 CE a la exclusiva competencia del Estado, sin que sea de aplicación en este caso la salvedad relativa a «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las comunidades autónomas».

1) *Antecedentes del caso.*—Esta resolución se dicta con ocasión de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de la Nación contra los artículos 3, 4, y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del Libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, por entender que excede de la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, atribuida a la comunidad autónoma de Cataluña en el art. 129 de su Estatuto de Autonomía (en adelante, EAC), vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil ex art. 149.1.8 CE.

Los preceptos impugnados dan nueva redacción al contrato de compraventa y al de permuta (art. 3); aprueban las secciones segunda y tercera del capítulo II del título II del Libro sexto del Código civil de Cataluña y dan nueva redacción a los arts. 622.21 a 622.42, sobre el mandato y la gestión de asuntos ajenos (art. 4); e introducen, entre otras, una disposición transitoria primera al Código civil de Cataluña (art. 9).

El Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, al que se le dio la tramitación oportuna, con traslado de la demanda y documentos presentados, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Gobierno.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional:*

— El Abogado del Estado sostiene, en suma, que la Generalitat no puede dictar las normas contenidas en las disposiciones impugnadas del libro sexto, relativas a obligaciones y contratos, porque son ajenas a su Derecho civil y no existe conexión de las figuras contractuales reguladas en las mismas con instituciones civiles propias de carácter foral o especial.

— El representante del Parlamento de Catalunya alega, por el contrario, que las normas civiles impugnadas respetan el criterio constitucional de conexión con las instituciones del Derecho civil de Cataluña.

— La Generalitat de Catalunya defiende, en síntesis, que la Constitución española sanciona la diversidad legislativa española como la forma normal de estructurarse el Derecho civil español. De este modo, sostiene que «la finalidad de la Ley 3/2017 es “desarrollar” el Derecho civil de Cataluña, introduciendo una regulación pormenorizada de las obligaciones y los contratos, para lo que cuenta con una asentada jurisprudencia constitucional que

se basa en un entendimiento amplio y flexible del término “desarrollo”, de manera que la competencia autonómica no debe vincularse rígidamente al contenido compilado, sino que cabe una innovación de los contenidos normativos según los principios informadores propios del Derecho foral o especial».

3) *Posición y decisión del Tribunal.*—Tras exponer el contexto normativo del Libro sexto del Código civil de Catalunya, las competencias de la Comunidad autónoma de Catalunya para legislar en materia de contratos, así como la preexistencia del derecho civil contractual en el ordenamiento jurídico catalán en materia de contratos de finalidad transmisora, mandato y gestión de negocios ajenos, el Tribunal recuerda que en el contraste entre la regulación autonómica y la estatal, dictadas al amparo de su competencia en materia de Derecho civil, es de aplicación la doctrina constitucional sobre la reproducción de normas estatales por las autonómicas y distinguir dos supuestos distintos de *lex repetita*.

Uno de estos supuestos de *lex repetita* se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma, por lo que la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto (con cita de la STC 341/2005, de 21 de diciembre). Éste es el caso ahora examinado, por lo que, tras el análisis llevado a cabo por el Tribunal sobre la conformidad de todas y cada una de las normas autonómicas impugnadas con la legislación básica estatal en materia de contratos, concluye que la regulación autonómica impugnada, a excepción de la norma que se dirá, no interfiere en la estatal y, por ello, no debe declararse inconstitucional. Por lo demás, dicha normativa respeta el principio de unidad de mercado, lo que había sido cuestionado por el Gobierno del Estado.

Sin embargo, como hemos adelantado, en lo que respecta al art. 621.54.3 del Código civil de Cataluña, regulador de un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos a través de un procedimiento notarial, el Tribunal Constitucional concluye que estamos en presencia de una norma procesal de resolución extrajudicial de conflictos, cuyo ámbito legislativo está reservado por el art. 149.1.6 CE a la exclusiva competencia del Estado, «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las comunidades autónomas». Salvedad que no resulta aplicable al precepto impugnado, toda vez que ni del precepto ni del Preámbulo de la Ley puede inferirse que el procedimiento extrajudicial que introduce se justifique en las particularidades de su Derecho sustantivo, por lo que el art. 621.54.3 ha de declararse inconstitucional y nulo.

4) *Votos particulares.*—Algunos magistrados discrepan de la sentencia y formulan sendos votos particulares. Entre otras distintas consideraciones, objetan que no se haya aplicado correctamente el específico sistema de distribución de competencias legislativas en materia civil que contiene el art. 149.1.8 CE; discrepan en cuanto al encuadre competencial; y señalan la debilidad de los puntos de conexión con las instituciones del derecho civil de Cataluña, así como la ausencia de un análisis competencial desde la perspectiva de la legislación mercantil, especialmente con relación a la compraventa de consumo, con quebranto de la doctrina constitucional en esta materia.

STC 146/2019, 25 de noviembre.

RA: Estimado.

Ponente: Roca.

Conceptos: Libertad de expresión en el ámbito laboral. Contenido. Diferencias con la libertad de información.

Preceptos de referencia: Art. 20.1a) y d) CE.

Resumen: El derecho a la libertad de expresión quedaría vacío de contenido si las críticas del trabajador a su empresa sólo pudieran tener como único receptor a esta última.

No se requiere que las opiniones expresadas sean exactas o veraces, pudiendo tener mayor o menor fundamento.

1) *Antecedentes del caso y alegaciones de las partes.*— El recurrente fue despedido de su puesto de trabajo de enfermero en el centro municipal La Paz dado que la empresa que le había contratado no estaba satisfecha con su desempeño.

El trabajador acudió a los tribunales alegando que el despido era nulo, al suponer una represalia porque había ido al Ayuntamiento de Baracaldo (titular del centro de trabajo) a exponer unas deficiencias en dicho centro de trabajo.

El Juzgado de lo Social n.º 7 de Bilbao declaró la nulidad del despido por lesión del derecho a la libertad de expresión del actor (Art. 20.1 a CE).

La empresa demandada interpuso recurso de suplicación para que se revocase la calificación del despido como nulo y dicho recurso fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que declaró improcedente el despido disciplinario del recurrente por razones formales (ausencia de expediente disciplinario previo que exige el convenio y falta de concreción de la carta de despido) y por razones sustantivas (imposición de despido sobre hechos que ya habían sido sancionados con la amonestación escrita), pero, sin embargo, no declaró la nulidad porque rechazó que la conducta del trabajador pudiera ser considerada como ejercicio del derecho de libertad de expresión, pues su conducta constituyó una transgresión de la buena fe contractual, al haber dirigido el trabajador sus quejas ante un organismo que no era su empleador, rechazando por ello la Sala la calificación de nulidad del despido.

El recurrente formuló recurso de casación para la unificación de doctrina que fue inadmitido a trámite por auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por falta de contradicción entre la sentencia impugnada y la aportada de contraste.

El trabajador acudió entonces al Tribunal Constitucional en amparo. Se suscita la cuestión de si sus actos de queja estaban cubiertos por la libertad de expresión.

El Ministerio Fiscal interesó que se otorgase el amparo puesto que, frente a la negativa empresarial de atender las quejas del trabajador, el recurrente las formuló ante el titular del servicio (el Ayuntamiento) que paga con fondos públicos al centro de trabajo, para que éste pudiera exigir a la empresa que aportase los medios necesarios para cumplir de forma correcta su labor asistencial, sin que conste que utilizase para ello expresiones formalmente injuriosas, ofensivas o vejatorias, por lo que considera el fiscal que debía de tener mayor peso la libertad de expresión que el deber de buena fe entre las partes derivado del contrato de trabajo. Dado que la empresa demandada no acreditó la existencia de motivos de despido distintos a la declaración efectuada por

el trabajador ante el Ayuntamiento, y que esta actuación se encontraba amparada por la libertad de expresión, el despido se produjo con lesión de este derecho fundamental.

2) *Posición y decisión del Tribunal.*— El Tribunal Constitucional empieza delimitando los derechos alegados en la demanda como infringidos, que son los del art. 20.1 a) y d) de la Constitución. Esto es, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra y el derecho a comunicar información veraz. Es el derecho a la libertad de expresión el que se ha visto afectado, pues se refiere a juicios de valor, y son precisamente éstos, manifestados ante el Ayuntamiento de Baracaldo, los que motivaron la decisión extintiva por parte de la empresa.

Centrándose por lo tanto en la libertad de expresión, el Tribunal recuerda que esta libertad comprende la manifestación de críticas molestas e hirientes, pues así lo requiere la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

El Tribunal recuerda asimismo que no se puede privar de este derecho al trabajador. Éste, sin embargo, debe observar el límite general de no insultar y el límite más específico de no incurrir en deslealtad hacia la empresa.

En el caso que nos ocupa, el trabajador se refirió a los problemas que tenía para el desarrollo de su trabajo de enfermero y, en concreto, a la carencia de material sanitario. No consta que utilizase expresiones ultrajantes u ofensivas. Tampoco faltó a su deber de lealtad. El trabajador formuló sus quejas en primer lugar frente a su propia empleadora. Sólo una vez desatendidas sus reivindicaciones, las trasladó al Ayuntamiento. Según el Tribunal, no es constitucionalmente correcto entender que el trabajador únicamente pueda expresar sus quejas ante la empresa para la que presta sus servicios, pues ello supondría vaciar de contenido el derecho fundamental a la libertad de expresión.

En consecuencia, concluye el Tribunal considerando que la conducta del recurrente —queja relacionada con la gestión del centro, efectuada por el trabajador ante el titular del servicio— queda amparada en el legítimo derecho a la libertad de expresión, siempre que no se utilicen expresiones injuriosas u ofensivas. Se estima el recurso de amparo.

STC 148/2019, 25 de noviembre

RA: Estimado.

Ponente: Enríquez.

Conceptos: Derecho a la igualdad de trato. Tutela judicial efectiva y ejecución. Concepto de tercero en el contexto de una subasta judicial.

Preceptos de referencia: arts. 14 y 24.1 CE; art. 670.4 LEC.

Resumen: Se cuestiona si quien realiza la postura en la subasta celebrada en el curso de un proceso de ejecución tiene que ostentar la condición de tercero en la relación procesal.

1) *Antecedentes del caso.*—El recurso de amparo se interpone en este caso contra un decreto dictado por la Letrada de la administración de justicia y un auto, confirmatorio de aquel, dictado por la Juez en el curso de un procedimiento de ejecución de título judicial.

Las resoluciones recurridas excluían la mejor oferta presentada en la subasta por el marido de la ejecutada, por no ser un tercero quien la presentaba.

2) *Alegaciones ante el Tribunal:*

– La ejecutada, recurrente en amparo, entiende vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por existir error judicial, ya que no constaba en el procedimiento que el tercero fuese esposo de la ejecutada, y por la falta de explicación de la decisión, que además fue sorpresiva.

Asimismo afirma lesionado su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) puesto que aún siendo su esposo el Sr. Y., debe ser considerado como un tercero en igualdad de condiciones que cualquier persona.

– El ejecutante interesó la desestimación del recurso por cuanto el postor ofrecido por la ejecutada es su propio esposo. En cuanto a la denuncia de la vulneración de art. 14 CE, sostiene que no se invocó en el incidente de nulidad en el que la ahora recurrente se limitó a alegar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

– El Fiscal no se opone al amparo porque quien realiza la postura en la subasta tiene que ser un tercero, pero tercero en la relación procesal. Si la ley se refiriese a un tercero en una relación personal, debería constar expresamente. La resolución recurrida no explica por qué sería mejor que el tercero aportado por una de las partes sea un extraño y en ningún caso el cónyuge de una de las partes.

3) *Posición y decisión del Tribunal.*–El Tribunal no entra a resolver sobre la alegada infracción del derecho a la igualdad por una desigualdad de trato entre cónyuges y parejas de hecho ya que el recurrente no invocó dicha vulneración en la vía judicial ordinaria.

En cambio, respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, concede el amparo porque, si bien es cierto que las resoluciones del Juzgado no fueron imprevisibles porque se basaron en un dato, el de ser el tercero marido de la ejecutada, que constaba en las actuaciones, en concreto en un documento aportado con la demanda, no mencionaron precepto alguno de la Ley de Enjuiciamiento Civil que explicara porque consideraban que el marido de la ejecutada no era un tercero.

Esta falta de concreción de las razones por las que el Juzgado consideraba que no era un tercero quien presentaba la postura, generando con ello un perjuicio para ambas partes, ya que se obtuvo menos cantidad por la vivienda, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Indemnización por incapacidad laboral permanente y jurisprudencia sobre calificación –ganancial o privativa– de los incrementos dinerarios distintos del salario

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Navarra

RESUMEN

En la sentencia de 14 de diciembre de 2017, sobre el carácter –ganancial o privativo– de una «indemnización por incapacidad laboral permanente», el TS se separa del único precedente en la materia, la STS de 25 de marzo de 1988. Según esta, debería reputarse como rendimiento del trabajo y, si se percibe estando vigente la sociedad de gananciales, considerarse ganancial. Aquella viene a decir más recientemente que, por la estrecha relación que la indemnización guarda con la personalidad y con el resarcimiento de daños personales, se trata de un ingreso privativo. Este cambio de parecer podría resquebrajar la relativamente estable jurisprudencia sobre el tratamiento de los incrementos dinerarios distintos del salario, con su enfoque patrimonial. El presente trabajo trata de ahondar en el sentido de esa jurisprudencia y en el porqué de la nueva orientación del TS, para concluir que, probablemente, ninguna de las dos soluciones resulta justa para aquella indemnización, pues debería introducirse el factor temporal en la solución que se adopte.

PALABRAS CLAVE

Indemnización por invalidez laboral permanente. Mejora de la pensión por invalidez laboral permanente. Pensiones (por invalidez laboral, despido, prejubilación, etc.). Carácter ganancial o privativo de las prestaciones, indemnizaciones, pensiones, etc.

SUMMARY

In the decision of December 14, 2017, on the nature –whether common or exclusive– of a «compensation for permanent disability to work», the Supreme Court has modified its

only precedent on this topic, the decision of 25 March 1988. In 1988 the court established that when the compensation is received while the community of property exists, it should be considered as a labor income and, therefore, as an income of the community of property. On the contrary, the latest decision has established that the compensation should be treated as an exclusive income, due to the close relationship between the compensation and the personality and the compensation for personal injuries. This change of opinion could undermine the relatively stable Supreme Court case law on the treatment of monetary increases other than salaries, with its patrimonial focus. This paper studies the possible consequences of the recent decision of the Supreme Court, as well as the reasons that explain its new orientation. The research concludes by nothing that, probably, neither of both solution is fair, since neither of them takes into account the time factor.

KEY WORDS

Compensation for permanent disability to work. Improvement of the pension for permanent disability to work. Pensions (for disability, wrongful dismissal or termination, early retirement, etc.). Common or exclusive nature of benefits, compensations, pensions, etc.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La STS de 25 de marzo de 1988. 3. El «enfoque patrimonial» del tratamiento de los incrementos dinerarios distintos del salario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4. La STS de 14 de diciembre de 2017. 5. Lo que la sentencia no aclara. 6. El tiempo, los rendimientos, y la sociedad de gananciales. 7. Conclusión.–Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

En la jurisprudencia dominante –aunque ciertamente matizada–, los incrementos dinerarios laborales distintos del salario (prestaciones, indemnizaciones, pensiones, mejoras de cualquiera de esas partidas...) y obtenidos por un miembro de la sociedad de gananciales se hacen comunes, al menos por el tiempo que se hubiese contribuido en sociedad a la obtención de ese beneficio (como ocurre en las indemnizaciones por despido improcedente). No faltan voces críticas y algunas decisiones judiciales que parecen tener otra sensibilidad a la hora de considerar qué es lo esencial de esos incrementos, de manera que –parece defenderse– deberían dejar de recibir el tratamiento de «rendimientos del trabajo» (gananciales si se reciben *constante societatis*) para pasar a ser «bienes inherentes a la persona» o «indemnizaciones» personales de esta, y por lo tanto privativos.

En este estudio se analiza la calificación que debería corresponder a la «indemnización por incapacidad laboral permanente» que recibe un miembro de la sociedad de gananciales. El asunto ha ganado en interés desde que la STS 4318/2017, de 14 de diciembre (MP: M.º Ángeles Parra Lucán), optara por apartarse del único precedente existente hasta la fecha, la STS 16712/1988, de 25 de marzo (MP: Jaime Santos Briz), que aunque dictada para el régimen de conquististas navarro amparaba su resolución en los preceptos del Código civil, aplicables subsidiariamente. En aquella ocasión, el TS se había decantado por considerar que el importe recibido *una tantum*

por el trabajador al que se había declarado con incapacidad laboral absoluta y que era beneficiario de un seguro –contratado por la empresa– que cubría esa eventualidad era ganancial porque se había recibido estando vigente la sociedad de gananciales (aunque luego el matrimonio se divorciara), de manera que debía repartirse por mitades entre la ex esposa y la herencia yacente del ex marido difunto. La sentencia de 14-XII-2017 defiende ahora la opinión contraria: lo recibido por ese concepto (el caso es exactamente el mismo) debe considerarse privativo. El TS es bien consciente de que ha querido apartarse de su precedente; lo que no parece estar tan claro es el motivo que le ha llevado a hacerlo pues, aunque los argumentos jurídicos que justifican el fallo son expuestos con claridad y contundencia, no se dice por qué son más decisivos que los que en su día sustentaron la posición contraria (igualmente claros y contundentes), o por decirlo de otra manera, no se termina de saber si la nueva *ratio decidendi* obedece a un cambio de sensibilidad sobre ciertas realidades, como las ayudas por incapacidad, o a un giro en la hasta ahora estable jurisprudencia sobre la calificación de los ingresos laborales dinerarios distintos del salario, o simplemente a un querer valorar de otro modo lo recibido por un cónyuge poco antes de la separación, lo que dará –en cada caso– un peso muy distinto a la *ratio* y a la interpretación de la sentencia. Esta es ejemplar en la claridad con que expone el problema jurídico, por lo que me serviré de ella para centrar el debate:

«Discrepan los litigantes acerca de la naturaleza, privativa o ganancial, de la indemnización en concepto de incapacidad permanente absoluta percibida por D. Rosendo antes del divorcio. La indemnización fue abonada por la compañía aseguradora Antares, que tenía concertado con la empresa en la que trabajaba D. Rosendo (Telefónica Gestión de Servicios Compartidos SAU) una póliza de seguro colectivo que cubría el siniestro acaecido.

D.º Sacramento defiende que la indemnización es ganancial, de acuerdo con el art. 1347 CC, porque la indemnización se percibe por un beneficio social que concede la empresa a sus trabajadores y no se indemnizan los daños sufridos (art. 1346.6º CC) ni es inherente a la persona (art. 1346.5º CC).

D. Rosendo argumenta por el contrario que, de acuerdo con el art. 1346 CC, la indemnización es privativa, pues ha sido abonada por un seguro como consecuencia de haber sido incapacitado para toda profesión, por lo que se trataría de un bien inherente a la persona incluido en el art. 1346.5º CC.»

En juego está, por tanto, el que lo recibido se interprete bien como una prestación asistencial, bien como indemnización, bien como el valor correspondiente a un derecho inherente a la persona. Sin duda se trata de miradas convergentes sobre la misma realidad desde perspectivas distintas, y de lo que se trata es de decidir cuál de ellas es la decisiva para calificar y repartir el incremento patrimonial. La controversia se plantea porque D. Rosendo recibe esa atribución cuando aún se encuentra vigente la sociedad de gananciales, que se disuelve poco después.

En el caso de 2017, los tribunales de instancia fueron fieles al único precedente en la materia, el de la STS 25-III-1988, y argumentaron básicamente con la doctrina sentada por ésta para afirmar que el mencionado incremento

patrimonial es ganancial. El Juzgado de Primera Instancia dijo literalmente que «la jurisprudencia ha señalado que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por un cónyuge por una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no constituyen un bien privativo incluido en el artículo 1346.6 CC, (...) porque su carácter es totalmente económico o patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanente que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad de gananciales ha de liquidarse y repartirse». La Audiencia Provincial compartió este criterio. Tratándose del único pronunciamiento del TS sobre el asunto, su posición era hegemónica tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, aunque no faltara alguna opinión crítica¹. Además, ambas partes alegaban sentencias contradictorias de diferentes Audiencias Provinciales, lo que ponía de relieve la necesidad de unificar doctrina.

2. LA SITUACIÓN ANTERIOR: LA STS DE 25 DE MARZO DE 1988

En la STS 25-III-1988 el objeto de la controversia se enfoca de la siguiente manera: «el supuesto fáctico litigioso consiste en haber adquirido el esposo antes de fallecer una indemnización en virtud de póliza que cubriría el riesgo, después realizado en el asegurado, de invalidez permanente absoluta para todo trabajo». A continuación desarrolla la *ratio decidendi*, que es literalmente citada por la STS 14-XII-2017:

«Debe distinguirse, al efecto de atribuir a dicha suma indemnizatoria el concepto de bien de conquistas, entre capacidad laboral como derecho integrado en la personalidad del trabajador, y que se incluye en sus bienes inherentes a dicha personalidad, y las consecuencias o productos de su trabajo, es decir, el rendimiento económico del trabajo, que tanto la Compilación de Derecho Foral Navarro (Ley 83-1) como el Código civil (art. 1347-1º) incluyen entre los bienes de conquista o gananciales, y en tal concepto estas ganancias no son bienes inherentes a la persona y no transmisibles «inter vivos», excluidos de la consideración de gananciales por el art. 1346-5º del Código Civil. Y tampoco son bienes inherentes a la personalidad las indemnizaciones que como la discutida, proceden de la relación de trabajo y se generaron al amparo de la misma, de modo que no tendrían explicación si se prescinde de tal relación laboral, y toda vez que su carácter es totalmente económico o patrimonial basado en su derecho al trabajo, derecho personalísimo, pero que no se confunde con éste por ser una consecuencia económica y pecuniaria que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresado en el patrimonio conyugal (...). Al no tener la indemnización discutida su fundamentación en un resarcimiento de daños, sino en una póliza de seguro contra el riesgo de invalidez permanente absoluta para el trabajo, no puede acogerse

¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 224; 1993, p. 643. MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2010, p. 1489. Crítica la sentencia RAGEL, 2017, p. 149.

al nº 6 del art. 1346 del Código Civil, referido como su texto indica «a los daños inferidos a la persona» de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, todo ello aun considerando que la normativa del Código Civil tiene en este punto aplicación supletoria a Navarra...».

La sentencia se sitúa en una larga tradición que distingue, desde *Capitant*, la capacidad de trabajo –personalísima y privativa– y los productos del trabajo –que ingresan en la comunidad–². Desde esta perspectiva, cuando el recurrente alega «la cualidad de inherente a la persona que tiene la capacidad de trabajo», pretende «erróneamente que en esa capacidad se ha subrogado la indemnización. Conclusión que confunde aquella capacidad laboral con sus rendimientos económicos, que la legislación considera gananciales»; la indemnización recibida por el esposo «no se concibe sino como rendimiento o producto, al menos indirecto, de su trabajo, y tiene un carácter económico y transmisible que no puede identificarse con su derecho personalísimo a trabajar, ni con los bienes inherentes a su persona que son intransmisibles y se extinguen por su muerte».

En el caso, la secuencia de fechas en que ocurrían los hechos relevantes resultaba significativa: La declaración de invalidez tenía lugar en enero de 1984; la separación con liquidación de la sociedad de gananciales, en abril; el testamento, cuyo albacea representó a la herencia yacente en el juicio frente a la ex esposa, en julio; y el fallecimiento del esposo, en septiembre, todo ello del mismo año, 1984. Parece claro que el ingreso se recibió cuando la suerte del matrimonio estaba ya echada, y aunque la ex esposa quedara finalmente al cuidado de los hijos menores, al TS le sobraban motivos para aproximarse al problema desde la perspectiva del difunto. Sin embargo, se limitó a aplicar el criterio establecido y a calificar la atribución como ganancial porque se recibió estando vigente la sociedad de gananciales. Probablemente porque el ingreso se obtenía de una vez, la sentencia se plantea si era ganancial o privativo, pero no contemplaba la posibilidad de considerarlo ganancial en la parte que corresponda al tiempo en que siga vigente la sociedad de gananciales y privativo desde la extinción de esta, como ocurriría con una pensión por invalidez permanente, que sería ganancial si se percibe estando vigente la sociedad *ex* artículo 1349 CC, y privativa después.

La introducción del tiempo en el modo de percibir una atribución que compensa por la incapacidad laboral hace que esta pueda consistir en una «pensión», que suele ser periódica y vitalicia, o en una –así llamada– «indemnización», que se satisface *una tantum*. Una pensión, provenga o no de un derecho privativo, es ganancial *ex* artículo 1349 CC; por el contrario, la indemnización por la lesión de un bien privativo es privativa *ex* artículo 1346.6º CC, como aclara la propia sentencia comentada. Cuando nos preguntamos por la naturaleza ganancial o privativa de esa atribución, parece

² RAMS, 1992, pp. 95 y 96: «CAPITANT dejó establecido –pues desde él esta opinión constituye doctrina pacífica– que si bien los productos del trabajo eran entonces y lo son ahora, por regla, comunes, la capacidad de trabajo dañada está fuera del ámbito al que puede extenderse la comunidad, puesto que tal capacidad es personalísima y es, por ello, irrelevante para el planteamiento jurídico de la comunidad. Los intereses del capital o los productos de los bienes que se adquirieren con el citado capital ingresan en la comunidad a título de frutos o productos de los bienes privativos, independientemente del origen de la fuente que los crea, y de ningún modo como contrapartida de una pérdida de expectantes gananciales, ello incluso cuando tal disminución potencial de ingresos se haya tomado como base para el cálculo del montante de la indemnización».

que la respuesta no debería depender del modo en que se perciba; sin embargo, el Código sí tiene en cuenta el modo en que se perciben los ingresos y la propia STS 14-XII-2017, después de tomar su decisión (el ingreso es privativo), reconoce que las cosas podían haber sido de otro modo, porque «las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el art. 1349 CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa durante la vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (arts. 210.2.g y 212 del Código del Derecho foral de Aragón)»³. Con otras palabras, esa atribución considerada privativa podía haber sido ganancial, al menos en parte, de haberse recibido en forma de pensión. La pregunta surge espontánea: ¿Es esto razonable? ¿Forma parte de la dinámica propia de esa compleja realidad que es la sociedad de gananciales? ¿O es quizá una inconsistencia difícilmente admisible? Si las cosas son lo que son, con independencia de cómo se presenten, ¿nos satisface esa explicación?

La posibilidad de distinguir entre un antes y un después de la sociedad de gananciales juega un papel relevante para las utilidades de los derechos privativos, pues si se perciben estando vigente la sociedad se consideran gananciales. Ahora bien, si el ingreso se recibe *una tantum* y *constante societatis*, ¿debería considerarse todo él ganancial? Si se tiene en cuenta el tiempo para el que se otorga la atribución (en nuestro caso, la vida del beneficiario), debería distinguirse la parte de esta que corresponda al periodo en que la sociedad siga vigente y la parte correspondiente al tiempo posterior hasta el total del tiempo considerado. Esta distribución en el tiempo de la cantidad percibida no es desconocida por el TS, que la utiliza –por ejemplo– para determinar la parte de indemnización por despido que debe considerarse privativa o ganancial⁴: la

³ Según el artículo 210.2.g del Código de Derecho Foral de Aragón, son bienes comunes «las cantidades devengadas por pensiones cuya titularidad corresponda a cualquiera de los cónyuges, salvo lo dispuesto en el artículo 212», que aclara (en su apartado c) que «las titularidades de pensiones de cualquier clase y las de los contratos de seguros» son privativas.

⁴ Para justificar que el elemento temporal debe jugar un papel en la calificación de la indemnización por despido, la STS 2902/2008, de 18 de junio (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), dice que aplica matizadamente la doctrina contenida, entre otras, en las SSTs 26-VI-2007 o 29-VI-2005, para las que «existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o privativa»: por una parte, a) la fecha de percepción del emolumento; por otra b), distinguir que el derecho a cobrar esas prestaciones es privativo, pero los rendimientos de esos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales tienen carácter ganancial. Pues bien, aplicando esos criterios al caso de la indemnización por despido, la sentencia citada entiende que se trata de «la compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las ganancias derivadas del contrato (...): tiene la naturaleza de bien ganancial el porcentaje de la indemnización que corresponda a los años trabajados durante el matrimonio; sobre la base del número de años trabajado (la indemnización por despido se calcula sobre esta base) no deberían tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales». En la doctrina, RAGEL ha criticado esta jurisprudencia para defender que la indemnización por despido es un bien privativo del cónyuge despedido, porque se trata del resarcimiento por daños inferidos a bienes privativos (artículo 1346.6° CC)» (RAGEL, 2017, pp. 147 y 148: «el despido lesiona ese bien privativo (el puesto de trabajo) y la indemnización por despido sigue la misma condición que el bien lesionado porque trata de compensar el quebranto sufrido por la pérdida de ese derecho a un puesto de trabajo concreto»; a lo que añade que «la indemnización es un bien privativo, pero si la suma obtenida se deposita en una entidad de crédito en una imposición a plazo, los intereses que se devenguen serán

indemnización por despido se determina en función –entre otros criterios– de la duración de la relación laboral con el trabajador despedido y el TS considera relevante que durante ese tiempo el trabajador se encontrara ganando para sí o para la sociedad de gananciales, de manera que la parte de indemnización que corresponda al tiempo que ganó para la sociedad sea ganancial. Si se quisiera mantener un cierto paralelismo con esta idea, la indemnización por incapacidad debería distinguir, dentro del tiempo para el que la ayuda está prevista, el tiempo en que siga vigente la sociedad (la ayuda recibida durante este período sería ganancial) y el tiempo en que esta ya no exista (la ayuda recibida no habiendo sociedad sería privativa). Luego volveremos sobre ello.

Retomando la trama principal, para la STS 25-III-1988 el trabajo es un bien/derecho privativo cuyos rendimientos patrimoniales son gananciales, salvo en los casos expresamente previstos por el Código (artículo 1346 CC). Esta lógica aplicable a todas las utilidades está presente en no pocas sentencias del TS, hasta el punto de que podría considerarse jurisprudencia consolidada en materia de «rendimientos del trabajo». Parece razonable, por tanto, que consideremos esa jurisprudencia y comprobemos si el TS se ha apartado de ella al considerar ese ingreso como privativo, como si fuera el valor en que se tasa un bien inherente a la persona o la indemnización de un bien privativo, esto es, como si no fuese un «rendimiento del trabajo». Recordemos que la STS 25-III-1988 decía de esta opinión (que era la del recurrente) que «estima erróneamente que en esa capacidad se ha subrogado la indemnización», porque «*confunde aquella capacidad laboral con sus rendimientos económicos*»: ¿la ha confundido ahora el TS?

3. EL ENFOQUE «PATRIMONIAL» DEL TRATAMIENTO DE LOS INGRESOS DE CONTENIDO ECONÓMICO DISTINTOS DEL SALARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS 8381/1999, de 22 de diciembre (MP: Luis Martínez–Calcerrada Gómez) dice de una indemnización por prejubilación que «no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que las consecuencias de la nueva situación laboral de D. Darío, que ha obtenido después la separación legal de su esposa, sólo a él afectan, con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro, y, en este sentido, es ajena a los principios del régimen de la sociedad de gananciales. Sobre tales bases debe concluirse que la indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (art. 1346.3 del Código Civil). No obstante lo anterior, la respuesta dada al tema de los frutos devengados por dicha indemnización (...) encuentra justificación

gananciales. También serán gananciales las prestaciones por desempleo que perciba el cónyuge despedido porque esas cantidades sustituyen a los salarios». Sin embargo, como veremos, considerar que la indemnización por despido representa el valor de un bien personalísimo es desconocer que esa indemnización se determina en función del tiempo trabajado y que debe tener en cuenta el lucro cesante que el despido impide obtener, que hubiera sido ganancial (frente a otras interpretaciones que justifican la privación de toda la indemnización por considerar que corresponde a un daño moral).

en el artículo 1347.2º del Código Civil, que atribuye naturaleza ganancial a los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales, y no empece lo hasta ahora argumentado».

Esta sentencia, como otras tantas, se sitúa en la tradición doctrinal y jurisprudencial ya referida que distingue la calificación de un derecho (ganancial o privativo) y la de sus rendimientos (siempre gananciales constante la sociedad ex artículo 1347.2º CC). Desde esta perspectiva, parece claro que cuando una inversión realizada con bienes privativos genera intereses o alguna otra utilidad, estos serán gananciales. Ahora bien, cuando una atribución se percibe de golpe –aunque su función asistencial sea para todo el futuro del beneficiario– la sentencia es partidaria de considerarlo privativa, por corresponderse con un bien privativo; no se plantea la posibilidad de transformarlo en una pensión que se distribuya en el tiempo, primero en sociedad y luego en solitario, de manera que se considere primero ganancial y después privativa.

Para la jurisprudencia es habitual distinguir la condición (ganancial o privativa) de un derecho o bien (la titularidad) y la de sus rendimientos, pero no parece haber un criterio claro para caracterizar qué son (bien privativo o rendimiento ganancial) las atribuciones que podrían recibirse bien *una tantum* bien como pensión periódica, lo que no debería alterar su condición. En nuestro caso, la sentencia de 1988 consideró la atribución como un rendimiento; y la de 2017 la ha asimilado a un bien. Si tratamos de poner orden en los términos habitualmente usados, se habla del «interés» como rendimiento típico del dinero, del «salario» como rendimiento típico del trabajo, y de la «renta» como rendimiento típico de la cesión de uso de un bien o derecho, etc., y todos ellos (intereses, rentas, salarios...) se consideran gananciales ex artículo 1347 CC. La «pensión» puede provenir también de un contrato oneroso y recíproco como los anteriores, como cuando se intercambia una renta vitalicia por un capital, pero también se denomina «pensión» a la prestación social que se sufraga en parte con la cotización del beneficiario, en parte con todo un complejo sistema de seguridad social propio de la justicia distributiva. Salvo en el caso del contrato, en el que la «pensión» es el rendimiento del capital, las otras «pensiones» no pueden considerarse «rendimientos» o «utilidades» en sentido estricto; sin embargo, se consideran igualmente gananciales ex artículo 1349 CC, y no parece ajeno a esta idea el hecho de que la pensión del jubilado sea lo más parecido (funcionalmente) al que fue su salario. Si este era ganancial, ¿por qué debería dejar de serlo aquella?

La distinción entre la titularidad de un derecho y la atribución de sus rendimientos es teóricamente clara, pero choca en la práctica con algunos supuestos que plantean problemas. Celia Martínez Escribano comenta que «la principal dificultad (...) surge con relación a ciertos derechos de contenido económico que se reconocen a uno de los cónyuges en su ámbito laboral distintos de la remuneración por su trabajo, como son las indemnizaciones por despido o por jubilación anticipada. Se ha discutido si deben reputarse ganancias comunes a los cónyuges o si forman parte de los derechos patrimoniales inherentes a un cónyuge a los que el art. 1346.5ª atribuye carácter privativo». La autora sintetiza, a grandes rasgos, la doctrina jurisprudencial: «a) La pensión de jubilación percibida después de la disolución de la sociedad de gananciales pertenece al cónyuge que la ha generado con su actividad laboral, y su nacimiento y extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales de él. b) La indemnización por jubilación anticipada no retribuye el trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida del trabajo por jubilación anticipada, con un clara proyección de futuro, por tanto, si se produce después de la separación

legal, pertenece al cónyuge que la percibe. c) La indemnización recibida en virtud de un póliza de seguros que cubre un riesgo de invalidez es distinta al derecho al trabajo, es una consecuencia económica de éste, y, si se percibe vigente la sociedad de gananciales, tendrá carácter ganancial. d) Los planes de pensiones del sistema de empleo tienen carácter privativo si se hacen efectivos disuelta ya la sociedad de gananciales y siempre que ésta no haya hecho ninguna inversión en el referido plan. Aunque es una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento en su patrimonio, sino que pasa a formar parte de un fondo de pensiones gestionado por un tercero, y el trabajador sólo puede obtener los beneficios del plan de pensiones si se cumplen las condiciones previstas, como pueden ser la jubilación, o la invalidez, y mientras estas circunstancias no se produzcan, no tendrá derecho a obtener ninguna cantidad. e) La indemnización por despido improcedente tiene carácter ganancial si se percibe durante la vigencia de este régimen, y se considera un bien propio de quien la percibe cuando sea posterior a la disolución de la sociedad de gananciales».

Los «criterios generales que inspiran» a la jurisprudencia en esta casuística serían dos, el temporal y el de distinción entre bienes y rendimientos. En los términos tomados de la STS 4448/2007, de 26 de junio –MP: Encarnación Roca Trías– (en la nota 4, la STS 18-VI-2008 los aplica a la indemnización por despido), se trataría de «1) la fecha de percepción de los emolumentos, pues si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán este carácter, y si se adquieren con posterioridad, serán privativos –se entiende disuelto el régimen en la fecha de la firmeza de la sentencia de separación–; y 2) la distinción entre el derecho a cobrar estas prestaciones, que debe considerarse como un componente de los derechos de la personalidad y por tanto no es ganancial, y los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, que tendrán ese carácter. Esta idea se desarrolla en las SSTs 18-III-2008 y 28-V-2008: el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo y desarrollar las capacidades laborales, es un bien privativo, un derecho inherente a la persona del artículo 1346.5ª, y el beneficio que se obtiene con el ejercicio del derecho al trabajo es ganancial, incluido en el artículo 1347.1º. Aunque algunas veces se ha considerado que la indemnización sustituye la pérdida de un derecho privativo –el derecho al trabajo– y, por tanto, no debe tener la condición de ganancial, este argumento no resulta convincente para las citadas sentencias “puesto que el derecho al trabajo permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido; en realidad (...) constituye una compensación por el incumplimiento del contrato, y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias (...). El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el art. 1347.1 resulta ganancial”»⁵.

Existe, por tanto, un notable intento doctrinal y jurisprudencial por poner orden en la calificación de esas atribuciones, lo que no ha impedido que existan opiniones contradictorias en las Audiencias Provinciales para cada uno de los supuestos. Si la STS 25-III-1988 se encontraba en esta línea de considerar gananciales todos los rendimientos patrimoniales ligados al trabajo y recibi-

⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2010, p. 1488. Resume esta misma doctrina jurisprudencial SERRANO FERNÁNDEZ, 2011, p. 963.

dos *constante societas*⁶, ¿debería considerarse que la STS 14-XII-2017 se aparta de dicha doctrina?

4. LA STS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

La sentencia parte del siguiente estado de la cuestión: en esta materia no existe jurisprudencia, pues «la única sentencia de la sala que se ocupa de la indemnización por invalidez permanente absoluta pagada a un cónyuge por un seguro de grupo concertado por la empresa en la que trabajaba es la sentencia de 25 de marzo de 1988. Hay otras sentencias sobre otras “pensiones e indemnizaciones”, que tienen otra naturaleza y cumplen con otra función, como ocurre con las sentencias sobre indemnización por despido que se cobra vigente la sociedad de gananciales, sobre la indemnización por despido que se cobra después de la vigencia de ésta, sobre planes de pensiones contratados por la empresa, sobre jubilación anticipada, sobre pensión de jubilación. Lo que caracteriza a estas “prestaciones e indemnizaciones” es que cubren riesgos o acontecimientos de diferente naturaleza y, por tanto, cumplen distinta función. Por otra parte, han podido recibirse en todo o en parte vigente la sociedad de gananciales, bien como pensión periódica bien como pago de un capital». Y concluye: «de ahí que, en cada caso, deba analizarse el carácter ganancial o privativo de las indemnizaciones y de las pensiones en función de su naturaleza sustitutiva del salario o del carácter compensatorio que de un bien privativo deba imputárseles».

Sin duda, el planteamiento es impecable, pero merece alguna observación. Es verdad que por el principio de subrogación real, el bien que se recibe en lugar de un bien privativo es igualmente privativo (artículo 1346.3º CC), pero el propio Código se encarga de dar otro trato a supuestos que bien podrían ampararse en esa norma. Así, el salario de uno cualquiera de los cónyuges retribuye su trabajo y nadie negaría que el trabajo es privativo y que el derecho a cobrar el salario es privativo del trabajador; lo que no impide que, una vez obtenido, forme parte de los bienes que los cónyuges tienen en común (artículo 1347.1º CC): el trabajo es privativo pero el salario obtenido con él –su rendimiento– es ganancial. Desde otra perspectiva, la indemnización recibida por cualquiera de los cónyuges constante matrimonio podría parecer una ganancia y, por tanto, reputarse ganancial; sin embargo, el artículo 1346.6º CC corrige esa apreciación para afirmar que si lo que se indemniza son daños causados a la persona de un cónyuge o a sus bienes privativos, la indemnización será igualmente privativa. Este no deja de ser un caso particular de «subrogación», como explica la doctrina⁷.

⁶ Considérese también que, en la interpretación clásica del artículo 1346.5º CC, la patrimonialidad de los rendimientos típicos de algunos derechos que se encuentran indiscutiblemente amparados por el precepto, como el derecho de autor, se consideran igualmente gananciales. Así, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «el derecho de explotación económica de la propia imagen (por ejemplo), es privativo. En cambio los rendimientos de todo tipo que se obtengan de esos bienes de la persona durante la vigencia de la sociedad de gananciales deben considerarse gananciales» (1989, p. 228). Desde esta perspectiva, el precio por ceder mis derechos de explotación sería privativo, pero los rendimientos por explotarlo serían gananciales. Pero, ¿es esta situación equiparable a la de recibir una «indemnización» por despido, por invalidez, por jubilación, etc.?

⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 224. El autor considera que las «indemnizaciones de daños» sufridos por un bien privativo o recibidas del seguro que cubra ese daño son bienes «adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos». También LACRUZ

Ciertamente, las indemnizaciones pueden resarcir los daños causados a bienes privativos, personales o patrimoniales (daños emergentes), pero también pueden y deben resarcir los daños causados a los bienes comunes y las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante), que serían gananciales. Por ejemplo, el lucro cesante por no haber podido vender un coche privativo es un lucro privativo del cónyuge/propietario/vendedor; pero el lucro cesante por no haber podido ir al trabajo, o haber tenido que reducir la jornada laboral, o no haber sacado la utilidad esperada al coche (alquilarlo durante el verano, que era lo previsto) es un daño/lucro cesante típicamente ganancial. No parece discutible que ese lucro forma parte de la indemnización que recibe un cónyuge por un accidente en el que el daño principal sea psicofísico (daño personal privativo) y/o moral (privativo igualmente). No hay ningún motivo para entender que el artículo 1346.6° CC ha querido simplificar ese panorama diferenciado. La indemnización recibida por un cónyuge no es por tanto automáticamente privativa, habrá que atender a la naturaleza del bien lesionado y a la de los rendimientos que hubiese podido generar. Por eso mismo, no se puede pretender que –por ejemplo– la indemnización por despido no tenga que ver con ese lucro cesante ganancial y con el hecho de que el empleado haya trabajado durante más o menos tiempo al servicio de la sociedad de gananciales.

Si se trata de la intromisión en un derecho de autor ajeno (privativo *ex* artículo 1346.5° CC) y el intromisor queda obligado a abonar la licencia que tuvo que haber pagado para realizar lícitamente su acción, surge la cuestión de si esa licencia (medida de la reintegración del derecho usurpado) es privativa o ganancial. Ciertamente, para determinar dicha licencia se acude al mercado, esto es, se pone un «precio» a la usurpación, pero eso no quiere decir que ese derecho de autor (privativo) se hubiera explotado voluntariamente, ni –por tanto– que se hubiera obtenido un rendimiento en esa medida (ganancial *ex* artículo 1347 CC). Esa licencia es únicamente la operación que ayuda a determinar el valor de reintegración del derecho absoluto (o con un contenido de atribución monopolístico) usurpado. Por ese motivo, me inclino a pensar que el valor de reintegración de un bien privativo es igualmente privativo y, en este sentido, está más cerca de una «indemnización» que de un «rendimiento» por explotación, aunque para su cómputo se acuda al mercado⁸.

Volvamos ahora a la sentencia. Esta habla de que tanto las «pensiones» (asistenciales) como las «prestaciones» (en cumplimiento de obligaciones contractuales) o las «indemnizaciones» (por responsabilidad contractual o extracontractual) deberían recibir un tratamiento diferenciado según la función que estén llamadas a cumplir. Lo que parece correcto. A partir de aquí, entiende que «*concurrén razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo*». He subrayado de propósito la palabra *indemnización* porque entiendo que al escoger esta caracterización (entre otras posibles) la Sala ya está anticipando cuál va a ser

BERDEJO opina que «en el nuevo art. 1346.6° se podría entender que la condición privativa del resarcimiento se explica como un supuesto de subrogación o sustitución, lo mismo cuando los daños se causan a objetos del patrimonio que cuando se infieren a la persona; pero en este segundo supuesto se habrá de distinguir entre el daño físico y el moral: en el caso de daño moral resultaría un tanto atrevido hablar de subrogación; piénsese en el resarcimiento conseguido a consecuencia de injuria o calumnia» (1984, p. 415).

⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 224. El autor da el mismo tratamiento al «modulo licencia» que al «lucro cesante».

su parecer. Las razones que aporta son dos: 1) en ausencia de norma aplicable, se debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce; y 2) en este caso se trata de la incapacidad permanente para trabajar y del derecho que esta otorga para obtener una pensión o ayuda económica. De la naturaleza y función de esa ayuda recibida por la invalidez permanente se sigue que ésta «guarda una estrecha conexión con la personalidad (es inherente a la persona, art. 1346.5º CC) y con el concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6º CC, con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común)». Esta es, podría decirse, la ratio decidendi de la sentencia. Ahora bien, ¿qué hace que la incapacidad permanente sea más inherente a la persona –de manera que tanto su valor como su rendimiento sean privativos– que la *capacidad de trabajo* (privativa), que da derecho al salario –rendimiento *ope legis* ganancial–?

5. LO QUE LA SENTENCIA NO ACLARA

A Lourdes López Cumbre le parece que la sentencia no distingue suficientemente, de una parte, el título jurídico de la atribución patrimonial (la titularidad de cierto derecho) y, de otra, el emolumento en que se capitaliza ese título. Desde esa perspectiva, la invalidez no es más personal o personalísima que la capacidad de trabajar; si el trabajo, siendo privativo, obtiene un rendimiento ganancial (constante la sociedad) por deseo del legislador, no se entiende que lo obtenido por la invalidez deba considerarse privativo alegando su especial conexión con la personalidad. Aunque el derecho a trabajar y el crédito al salario sean privativos del trabajador, el artículo 1347.1 CC ha decidido –por la *ratio* que informa el régimen legal de gananciales– que el salario percibido sea ganancial. La sentencia comentada alude a que la fuente de la ganancia es privativa; pero habría que responderle que con eso no basta, que se necesita concluir si lo generado por ésta también lo es⁹: ¿Qué se ha recibido? ¿Algo asimilable al salario o a la pensión que lo sustituye (artículo 1347.1º CC)? ¿Algo que sustituye un bien inherente a la persona –artículo 1346.5º CC– cuyo rendimiento es igualmente privativo? ¿O algo que repara la lesión de un bien privativo o la ganancia dejada de obtener gracias a ese mismo bien?¹⁰.

En el fondo se trata de responder a la pregunta sobre qué es lo que ha recibido realmente ese trabajador: ¿el valor de un derecho inherente (privativo) o alguna de sus utilidades (gananciales)? ¿el valor pecuniario de un bien o de su rendimiento? Me resulta palmario que es erróneo afirmar que el ingreso recibido representa el valor de la invalidez (si se quiere, de la capacidad perdida); es más bien la invalidez (como mal, como suceso que apela a determinados mecanismos de justicia social, como siniestro que activa el contrato de seguro) la que da derecho (en nuestro caso, derecho *contractual*) a una ayuda o prestación, y esta perspectiva nos sitúa más cerca de la lógica de las utilidades patrimoniales ligadas al trabajo (la empresa ha concertado un contrato en beneficio del trabajador para el caso de que concurra el siniestro de su incapacidad laboral) que a la lógica de la compensación por pérdida de determinados bienes personalísimos/intrasmisibles (por ejemplo, el valor de mis derechos de imagen) o la indemnización que repara un bien exclusiva-

⁹ LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 202 y 203.

¹⁰ LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 203 y 204.

mente privativo (el resarcimiento del daño sufrido por no poder trabajar), como si el lucro cesante por no poder trabajar no estuviera por medio para justificar esa «indemnización» (*rectius*, prestación).

Explica la autora mencionada que, desde una perspectiva técnica, los seguros contratados por las empresas para reforzar las pensiones que en su caso cubren la invalidez permanente absoluta de los trabajadores son «mejoras voluntarias sobre las pensiones o prestaciones de la Seguridad Social», y que la finalidad de esa protección complementaria es aumentar el nivel de ingresos y de cobertura social del beneficiado en caso de que se produzca el siniestro, manteniendo en lo posible el nivel del salario cuando la pensión pública no llegue hasta este¹¹. Sobre la naturaleza de esta «mejora», opina que se pueden proponer tres hipótesis: «atribuirle naturaleza salarial –vinculadas a la actividad por cuenta ajena del trabajador–, indemnizatoria –resarcen un daño sufrido por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral– o prestacional –complementan una pensión o prestación del sistema, por lo que mimetizan su función y finalidad con aquello que complementan–»¹². Si se trata de un beneficio de naturaleza salarial, se aplicaría el artículo 1347.1º CC; si estamos ante una indemnización, el artículo 1346.6º CC; y si se trata de complementar una pensión que cumple una finalidad asistencial, su destino debería ser el mismo que el de ésta: como la pensión por incapacidad suele recibirse de forma periódica¹³, resultará ganancial *ex* artículo 1349 CC¹⁴.

La «mejora» o «complemento» de la pensión por invalidez *no es salario*, pues no se genera por trabajar, sino por no poder trabajar y, en este sentido,

¹¹ LÓPEZ CUMBRE, 2018, p. 205.

¹² LÓPEZ CUMBRE, 2018, p. 206.

¹³ La STS 2902/2008, de 18 junio 2008 (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) nos dice que «por lo que se refiere a las pensiones de jubilación, es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales son un bien de naturaleza privativa, como afirma la sentencia de 29 junio 2000. La de 20 diciembre 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que el recurrente consideró que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el «hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad Social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial»; la sentencia desestima el motivo porque la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo). Asimismo, la sentencia de 20 diciembre de 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido “ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el art. 1358”». Parece claro que la pensión obtenida una vez liquidada la sociedad es privativa, porque el derecho a dicha pensión es privativo; lástima que no se plantee qué hubiese ocurrido de haber cobrado el trabajador su pensión de golpe. La STS 20 diciembre 2004 dice compartir el criterio de la sentencia de instancia por el que, según el artículo 1362 del Código Civil, «serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1º) el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia», de donde deduce que «vigente el matrimonio el dinero que cobraba el esposo se encontraba sometido a la obligación de soportar el sostenimiento de la familia, pero una vez disuelto no puede entenderse que subsiste dicha obligación sin que por ello, el camino de considerar como ganancial la pensión del marido sea válido ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no es tampoco aplicable el art. 1358». Con lo que el resultado viene a ser el mismo, aunque evite pronunciarse sobre la naturaleza de la pensión *constante societatis*. Pero téngase en cuenta que la solución «el ingreso es privativo aunque sujeto al mantenimiento de las cargas comunes» es la misma que si los cónyuges hubieran optado por otro régimen matrimonial, cuando en realidad lo habían hecho por la sociedad de gananciales.

¹⁴ LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 204 y 207.

«sustituye» a éste como puede hacerlo una pensión u otra prestación de cobertura social. *Tampoco es una indemnización*, pues la mejora no gira en torno al daño concreto sufrido (no es un seguro que cubra la posible responsabilidad civil de otro) sino a la circunstancia genérica prevista como siniestro, que en este caso es la declaración de invalidez permanente, como ocurre en el propio sistema de Seguridad Social. Parece por tanto que habrá que concluir que la «mejora» complementa a la pensión, participa de su misma naturaleza y conforma con ella una unidad inescindible, por lo que su destino jurídico debería ser el mismo que el de la prestación asistencial que forma parte de las condiciones laborales en las que un trabajador ha desempeñado su trabajo¹⁵. Nadie podrá negar que la titularidad de la pensión es privativa, ni que sus frutos, rentas, intereses o «pensiones» devengados vigente la sociedad son gananciales (*ex* artículo 1349 CC). Y estas calificaciones deberían ser las mismas con independencia de la modalidad de cobro, esto es, de que se perciba en forma de capital o en forma de renta periódica. Es un error pensar que una mejora abonada en forma de capital deba considerarse «indemnización» (y por tanto privativa *ex* artículo 1346.6° CC) en tanto que si se abona como renta debería ser calificada como pensión (ganancial *ex* artículo 1349 CC), pues parece sensato que no se modifique la naturaleza de la mejora en función de su forma de pago¹⁶. Ahora bien, la pensión (periódica) incorpora una dimensión temporal de la que carece la indemnización que se cobra de una vez.

Si la naturaleza de la mejora es la misma que la de la pensión a la que complementa, su tratamiento debería ser el mismo que recibe ésta. Mientras se cobre *constante societatis*, deberá ingresar en el patrimonio societario. Pero parece que de este modo se llega a un dilema: si se mantiene que «la indemnización» es privativa, como afirma el TS, se estará diciendo que ese es el valor patrimonial del derecho a trabajar o la indemnización que resarce un daño exclusivamente privativo (no poder trabajar), lo que no parece aceptable; que la solución hubiera sido diferente si el ingreso se hubiese recibido como pensión, lo que no parece consistente; y que la solución no encaja con la jurisprudencia sobre los rendimientos patrimoniales del trabajo, lo que debería justificarse. Pero si se mantiene que es ganancial, parece ignorarse lo que pueda ocurrir a continuación, pues en los casos enjuiciados ocurría que la sociedad concluía poco después de haberse recibido la ayuda, y no parecía razonable –la actitud del TS es significativa– que todo el ingreso se considerara común. Todo parece indicar que resulta oportuno introducir el tiempo en la solución: que la mejora sea común mientras dure la sociedad.

6. EL TIEMPO, LOS RENDIMIENTOS Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si la pensión se recibe de golpe estando vigente la sociedad, ¿debería considerarse toda ella ganancial, o habría que distinguir en función del tiempo para el que estuviese prevista, de manera que sea ganancial en parte, mientras dure la sociedad, y privativa cuando ésta desaparezca? Si la naturaleza de lo recibido no cambia por el hecho de que se perciba de una forma u

¹⁵ LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 208 y 209.

¹⁶ LÓPEZ CUMBRE, 2018, pp. 211 y 212.

otra, el que se atribuya por completo estando vigente la sociedad no debería provocar que todo el ingreso se considere ganancial. Si la función de ese ingreso es completar la pensión por invalidez para los años de vida que resten al trabajador, lo será con independencia de que haya o no sociedad de gananciales, o mejor, de que la haya por un tiempo y luego no. Si lo recibido estando vigente la sociedad tiene la función de asistir al beneficiario hasta que éste muera no debería considerarse ganancial –sin más y para siempre– con independencia de lo que ocurra después; como tampoco se puede ignorar que esa ayuda se otorga a un sujeto que (en el momento en que se recibe) es miembro de una sociedad de gananciales porque quiere. No tendría sentido interpretar que la función asistencial de esa mejora se presta exclusivamente en provecho del beneficiario, excluyendo la sociedad de la que forma parte, pues es él quien ha querido (y mientras quiera) hacer comunes las utilidades de sus capacidades. Parece razonable que, por la función asistencial que cumple, el rendimiento que genera la pensión sea ganancial mientras dure la sociedad y deje de serlo cuando ésta desaparezca. No se opone a esta solución el que dicha ayuda se reciba de golpe, pues podrá hacerse una sencilla estimación de la parte de mejora que corresponda al tiempo en que la sociedad siga vigente respecto del hipotético tiempo total que se haya tenido en cuenta para determinar la prestación. Es inevitable que en el momento en que se percibe la mejora no se sepa exactamente por cuánto tiempo se podrá disfrutar, pero eso no quiere decir que no se pueda estimar la posible duración de la vida del beneficiario, teniendo en cuenta su estado de salud, etc., y separar la parte correspondiente al tiempo en que vivió en sociedad y la parte que corresponda al tiempo posterior. Pongamos que el beneficiario de una ayuda por incapacidad laboral enviuda y años después vuelve a casarse en régimen de gananciales; pues tendría todo el sentido que la mejora (como la pensión) fuese primero de la sociedad hasta la muerte del cónyuge, privativa mientras el beneficiario quedó soltero, y ganancial desde que se instauró una nueva sociedad de gananciales.

La mejora voluntaria (contratada por la empresa del beneficiario con una aseguradora) que completa la pensión por invalidez debería recibir un tratamiento diferenciado que se adapte a las vicisitudes personales del beneficiario: la parte de ingreso que corresponda a los años en los que siga vigente la sociedad debería quedarse en la sociedad porque su función es la misma que la de una pensión y, en el fondo, que la del salario (aunque aquellas se reciban por no poder trabajar y este por trabajar), en tanto la parte de ingreso correspondiente al tiempo posterior –extinguida ya la sociedad– debería atribuirse exclusivamente al cónyuge o ex cónyuge titular del derecho a la pensión y a su mejora. La mejora contractual de una pensión cumple la misma función que esta y por ello es siempre *un rendimiento* del derecho a una prestación asistencial. Cuando la aseguradora paga al beneficiario está cumpliendo el contrato que le une a la empresa. La justicia de considerar esa atribución como un rendimiento y no como una indemnización es incluso más clara en nuestro supuesto que en el de la indemnización por despido, pues en el despido –improcedente– existe un incumplimiento contractual que puede causar daños en bienes privativos cuya indemnización es igualmente privativa *ex* artículo 1346.6º CC; de hecho, los autores partidarios de que esa indemnización por despido sea exclusivamente privativa se apoyan en que se está indemnizando un daño moral. En nuestro caso, la equivalencia funcional de la pensión y su mejora con el salario es mayor, aunque aquella se reciba precisamente por no poder obtener este.

7. CONCLUSIÓN

El juez debería diferenciar el tiempo en el que la mejora de la pensión ha sido común por corresponder al período en que estaba vigente la sociedad, y el período en que la mejora resulta exclusiva del beneficiario por haberse extinguido esta. Tal y como se ha sugerido, existe una dificultad inicial para llevar este planteamiento a la práctica y es que, por definición, no es posible calcular de antemano el tiempo para el que se concede la mejora (hasta que muera el beneficiario). Sin duda, no deja de ser una cifra determinable estadísticamente, con la que habrán tenido que contar tanto la aseguradora –para la mejora– como el sistema público de seguridad social –para la pensión–, pero el juez debe dar una solución concreta al caso y quizá se sienta inseguro al tener que determinar la parte de la mejora que corresponde a la sociedad (por el tiempo en que esta siga vigente) a partir de una previsión estimativa de los años para los que se concede la prestación. Pero parece razonable que lo haga y que no rehuya esa dificultad hasta el punto de limitarse a optar, como hasta ahora, por un «todo o nada», esto es, ganancial (por completo) o privativo (también por completo); y precisamente por ello, tanto la vieja solución (STS 25-III-1988) como la nueva (STS 14-XII-2017) merecen ser revisadas.

BIBLIOGRAFÍA

- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1984.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Comentario a la STS 14 de diciembre de 2017. Valor privativo o ganancial del complemento empresarial por incapacidad permanente del trabajador», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 108, sept–dic 2018, pp. 195–215.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Comentario al artículo 1347», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 1488–1491.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1989.
- «Comentario al artículo 1346», en *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 637-644.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *El régimen de gananciales*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.
- RAMS ALBESA, Joaquín: *La sociedad de gananciales*, Madrid, Tecnos, 1992.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Comentario al art. 1346», en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Javier, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, III, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 958-966.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTIZ** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial. Naturaleza receptiva.–La reclamación extrajudicial del acreedor con efec-

tos interruptivos del plazo de prescripción (art. 1973 CC) tiene naturaleza recepticia. Para que despliegue aquellos efectos, deberá estar dirigida al deudor y haber sido recibida por este, aun cuando tales efectos se produzcan desde la fecha de su emisión. Sin embargo, no es preciso que el destinatario de la reclamación extrajudicial haya llegado a tomar conocimiento efectivo de la misma, siendo suficiente con que la haya recibido. En consecuencia, no perjudica al acreedor que lleva a cabo una reclamación extrajudicial el hecho de que el destinatario obvie saber su contenido.

Interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial.

Forma.—La interrupción de la prescripción extintiva por vía extrajudicial no está sometida a forma alguna, pudiendo el reclamante servirse de cualquier medio para ello. La interrupción de la prescripción simplemente requiere la exteriorización de la voluntad del acreedor en tal sentido a través de un medio hábil y ser hecha de forma adecuada, lo que significa que deben ser identificados el «derecho que se pretende conservar [y] la persona frente a la que se pretende hacerlo valer»; debiendo el destinatario conocer esa voluntad conservativa del derecho. (STS de 2 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El demandante sufrió diversas lesiones como consecuencia de haber caído con su camión en un aljibe situado en la finca de los dos codemandados. Tras haberles remitido dos telegramas con valor de reclamación extrajudicial, cuya aptitud para interrumpir el plazo de prescripción fue objeto de controversia en el litigio, finalmente ejercitó una acción de responsabilidad extracontractual contra ellos, reclamando el abono de 7.816,19 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha del siniestro y las costas. Cabe resaltar que los telegramas habían sido remitidos al domicilio que consta en el poder notarial que los demandados aportaron a los autos, siendo el lugar en el que se les efectuó el emplazamiento para la contestación a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Recurrída en apelación la sentencia, esta fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la sentencia recurrida. (R. P. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor. Intromisión ilegítima. Inclusión indebida en un fichero de morosos por una deuda no reconocida por el afectado.

Alcance de la responsabilidad del titular del registro.—Como responsable que es de un fichero de datos automatizado que se forma sin consentimiento de los afectados, y que por la naturaleza de los datos contenidos en el mismo, puede provocar serias vulneraciones de derechos fundamentales de los interesados y causarles graves daños morales y patrimoniales, el titular del fichero ha de dar cumplida satisfacción al ejercicio por los interesados de los derechos de rectificación y cancelación, cuando, como en el caso enjuiciado, ello puede realizarse con base en una solicitud motivada y justificada. No puede

limitarse a seguir las indicaciones del acreedor que facilitó los datos, ha de realizar su propia valoración del ejercicio del derecho de rectificación o cancelación realizado por el afectado, y darle una respuesta fundada. Lo contrario implicaría una restricción injustificada del derecho a la protección de datos de los interesados cuyos datos sean incluidos en un registro de los previstos en el artículo 29.2 LOPD. Al limitarse a seguir acríticamente las indicaciones del acreedor y mantener los datos del demandante en un registro de morosos, pese a la solicitud de cancelación motivada y justificada que el demandante le envió, el titular del fichero vulneró su derecho fundamental a la protección de datos, y con ello, participó en la intromisión en su derecho al honor consecuencia de su indebida inclusión en el registro de morosos. Ello le hace responsable de tal vulneración junto con Yell, lo que conlleva su condena solidaria al pago de la indemnización. **(STS de 19 de febrero de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La cuestión a resolver se circunscribe a determinar hasta dónde alcanza la responsabilidad del gestor de un registro de morosos al incluir en los ficheros los datos que le proporciona el acreedor. En el caso que nos ocupa el demandante ejerció por dos veces su derecho a la cancelación de los datos personales. La primera vez, el titular del fichero dio traslado de la solicitud al acreedor y al no obtener respuesta procedió a la cancelación cautelar de los datos de la deuda. En la segunda ocasión, tras la notificación de su nueva inclusión, por importe de 609,26 €, el afectado vuelve a solicitar la rectificación por no reconocimiento de la deuda que se le reclama. El titular del fichero contesta que no procederá a la cancelación de los datos, ya que en este caso el acreedor sí contestó dentro del plazo de los 7 días que le concede el artículo 44.3 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, confirmando la deuda y, por tanto, la permanencia en el fichero. Presentada demanda por vulneración al derecho al honor tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*C. O. M.*)

3. El requisito de la divulgación en las intromisiones al honor.—Tras la reforma del artículo 7.7 LO 1/1982 ya no es precisa la divulgación de la imputación de hechos o de la manifestación de juicios de valor relativos a una persona para que pueda producirse un ataque a su derecho al honor cuando dichas expresiones o acciones puedan menoscabar su dignidad, su propia estimación o su fama. Y ello porque en el derecho al honor ha de distinguirse el aspecto inmanente, relativo a la propia estimación del afectado, del trascendente, relativo a la estimación que los demás tengan de uno mismo. Y la ausencia de divulgación afecta a este segundo aspecto, pero no al primero.

Indemnización del daño moral causado por la intromisión ilegítima en el derecho al honor.—La fijación de la cuantía de las indemnizaciones de los daños y perjuicios, y en particular de los causados por la intromisión en un derecho de la personalidad, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba. No obstante, es susceptible de revisión en casación: 1) cuando concurra error notorio o arbitrariedad; 2) cuando exista una notoria desproporción; 3) cuando se cometa una infracción del ordenamiento en la determina-

ción de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. **(STS de 12 de marzo de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—B remitió al teléfono de C varios mensajes de texto acusándolo de cocainómano y de maltratar a su mujer. Además, remitió otros tantos correos electrónicos de la misma índice a través del ordenador ubicado en la delegación de la Guardia Civil en la que trabajaban ambos. Hay que indicar que a dicho ordenador tenían acceso los afiliados, pues junto a él había una nota con la clave de acceso a una cuenta de correo electrónico. El rumor sobre el contenido de los mencionados correos electrónicos estaba extendido en todo el subsector en el que trabajaban. C fue absuelto de las acusaciones de malos tratos contra su esposa. C presentó una demanda de protección de su derecho al honor contra B, en la que solicitó que se declarara que el demandado había vulnerado su derecho al honor y se le condenara a indemnizarle en siete mil euros. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. El demandado apeló la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó su recurso y confirmó la sentencia recurrida. El demandado interpuso recurso de casación.

En primer lugar, alega el recurrente la infracción del artículo 7.7 LO 1/1982, señalando que es condición indispensable para conceder protección al derecho al honor que exista divulgación cuando se atenta contra el mismo. Explica el Tribunal Supremo que en la sentencia recurrida se afirma que sí hubo divulgación, pues la cuenta a la que el demandado envió los correos electrónicos en los que se contenían las imputaciones al demandante era de acceso permitido a los afiliados que acudían a la sede de la asociación, puesto que la contraseña se encontraba escrita en un papel situado junto al ordenador que podían utilizar los afiliados para acceder a Internet, y las imputaciones realizadas por el demandado al demandante se propagaron entre los compañeros de trabajo.

En segundo lugar, circunscribe sus alegaciones al contenido de los correos electrónicos, puesto que los mensajes de texto remitidos al teléfono móvil del demandante, al no haber sido divulgados, no constituían una violación del derecho al honor. Además, respecto de los correos electrónicos, el recurrente alega que la veracidad de la acusación de maltratador resulta suficientemente fundada porque el demandante fue juzgado por un delito de malos tratos a su esposa e hija, sin perjuicio de que posteriormente resultara absuelto. Alega también sus derechos fundamentales a la libertad de expresión e información. El Alto Tribunal entiende, como ya indicó anteriormente, que el hecho de que fueran mensajes remitidos directamente al afectado, sin divulgación frente a terceros, no los hace irrelevantes respecto de la vulneración del derecho al honor. Por otro lado, las imputaciones que el demandado hizo al demandante en los correos electrónicos afectaban a otras muchas cuestiones (adicción a la cocaína y tráfico de drogas). Por tanto, el Tribunal Supremo considera que no se ha vulnerado el derecho a la información del demandado, puesto que este imputó al demandante conductas claramente deshonorosas e incluso delictivas de cuya veracidad no existe una mínima constancia.

Finalmente, alega la infracción del artículo 9.3 LO 1/1982, indicando que la indemnización fijada por la Audiencia es desproporcionada, arbitraria e irracional. El Tribunal Supremo también acaba desestimando este motivo. En este caso, los criterios utilizados en la instancia (gravedad de las imputaciones, tanto intrínsecamente como por el hecho circunstancial de ser proferidas contar un agente de la autoridad ante sus compañeros, daño causado a la imagen y prestigio profesional del demandado y difusión de las imputaciones entre los compañeros del demandado) se acomodan a lo previsto en el artículo 9.3 LO 1/1982, sin que pueda tildarse la cuantía de la indemnización como arbitraria o desproporcionada. En definitiva, el Alto Tribunal acaba desestimando el recurso.

NOTA.—Sobre el requisito de la divulgación en las intromisiones al derecho al honor, *vid.* las SSTs de 6 de marzo de 2013, 20 de julio y 1 de febrero de 2011, 26 de marzo y 3 de junio de 2009, 11 de diciembre y 30 de diciembre de 2008. (*S. L. M.*)

4. El uso de la imagen, el nombre y la firma como supuestos amparados en el derecho fundamental a la propia imagen.—Los artículos 7.5 y 6, y 2.2 y 3 LO 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, permiten a los individuos controlar el uso por terceros de los rasgos identificativos de su persona e impedir que tales actuaciones se realicen sin su consentimiento, salvo en aquellos casos permitidos por la Ley. El derecho a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. El titular de este derecho puede decidir no sólo sobre la captación de la imagen, sino también sobre su posterior difusión. El concepto de «propia imagen» abarca tanto la representación de los rasgos físicos de la figura humana, como otros elementos distintivos de la identidad personal, como la voz, el nombre o la firma.

Este derecho otorga a su titular la facultad de determinar, mediante la prestación de su consentimiento o mediante la revocación del mismo, qué información generada por sus rasgos personales puede tener difusión pública. El titular puede impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica o cultural) perseguida por quien la capta o difunde. Además, 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 sus correspondientes acciones de defensa. El derecho fundamental a la propia imagen no se transmuta, por la mera presencia de aquellos intereses, en un derecho de naturaleza exclusivamente patrimonial, ajeno al ámbito de protección del artículo 18.1 CE.

Por el contrario, se han considerado excluidas de la protección conferida por el derecho fundamental a la propia imagen diversos supuestos: 1) las demandas que solicitan pronunciamientos sobre el incumplimiento de los términos del contrato de utilización pública de la imagen; 2) las demandas que

solicitan una indemnización por la utilización en la publicidad de elementos que evocan un personaje interpretado por un actor y se aprovechan de la fama de dicho personaje, pero que no reproducen un rasgo esencial de la persona del actor; 3) se ha negado legitimación, en un proceso de protección civil del derecho del artículo 18.1 CE, a la sociedad que tiene cedidos los derechos de explotación de imagen de un artista del mundo del espectáculo, para ejercitar las acciones necesarias para la protección del derecho fundamental a la propia imagen de dicho artista, al ser la explotación comercial de la imagen del artista algo ajeno al contenido del derecho fundamental. **(STS de 26 de febrero de 2020;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—B es un modisto dedicado al mundo de la moda. Fue socio fundador de la sociedad mercantil AM, constituida en 1986. En 2006, B suscribió un contrato de prestación de servicios con la sociedad AM. En 2007, siendo socio único de dicha sociedad, B vendió el 70 % de las participaciones sociales de AM a la sociedad VT. Como consecuencia de las desavenencias surgidas entre B y VT, B deja de ser miembro del consejo de administración de AM y cesó en la prestación de servicios de AM en 2011. La única vinculación que, a partir de ese momento, mantuvo con la sociedad AM fue la titularidad del 30 % de las participaciones sociales. En 2014, AM incluyó en su página web: a) fotografías con la imagen de B —dichas fotografías habían sido captadas en su día con el consentimiento de B y algunas de ellas utilizadas años antes por AM en algún catálogo de sus productos—; b) la firma artística de B; c) el nombre de B para glosar la historia de la sociedad AM. B no ha consentido el uso de su imagen, su nombre y su firma en la web de dicha sociedad.

B interpuso demanda contra AM, al amparo de la LO 1/1982, en la que solicitó la declaración de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, el cese de la intromisión ilegítima consistente en la utilización de las imágenes fotográficas y del nombre de B en la página web de AM y la reposición del estado anterior mediante la supresión de las imágenes fotográficas y del nombre de B en la página web de AM.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia provincial desestimaron la demanda porque, tras distinguir entre el aspecto moral, relacionado con la dignidad de la persona, y el aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen, consideraron que, en realidad, lo que se persigue no es la protección de su esfera personal, sino el control económico de su explotación. Contra dicha sentencia, B interpuso recurso de casación, basándose en la infracción de los artículos 18.1 CE y 1.1, 1.3, 2.1, 2.2, 2.3, 7.6, 7.7, 9.1 y 9.2.a) y b) LO 1/1982. Se alega que la demanda no contiene estrictamente una reclamación de índole patrimonial en la que se discutan las prestaciones a abonar por el uso de la imagen, sino que se solicita la protección de un derecho fundamental mediante el cese en el uso de la imagen.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, entendiendo que todas las pretensiones de B se encuadran en el ámbito de protección propio del derecho fundamental a la propia imagen. Que la pretensión del actor se produzca en un contexto de enfrentamiento

societario o que pueda tener motivaciones o consecuencias económicas no excluye tal pretensión del ámbito del artículo 18.1 CE. Además, concurren los elementos que determinan la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del actor.

NOTA.—La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo respecto al derecho a la propia imagen es muy rica y variada. Así, se ha afirmado lo siguiente: a) la relación de este derecho con los atributos más característicos propios e inmediatos de una persona, como la imagen física, la voz o el nombre (STC 117/1994, de 25 de abril); b) la inclusión del derecho al nombre dentro de este derecho (SSTC 117/1994, de 25 de abril, y 167/2013, de 7 de octubre); c) la exclusión del ámbito de protección del derecho a la propia imagen de determinados casos que tenían que ver más con el aspecto patrimonial del mismo (STS 400/2001, de 20 de abril; STC 81/2001, de 26 de marzo; STC 14/2003, de 28 de enero; STC 25/2019, de 25 de febrero); d) la necesidad de un consentimiento diferenciado para cada uno de los actos de uso de la imagen ajena (STS 131/2006, de 22 de febrero); e) la extensión y eficacia de la revocación del consentimiento por parte del titular del derecho (STS 266/2016, de 21 de abril). (S. L. M.)

5. Adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil a una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006.—La adecuación a la Convención de Nueva York de 2006 de nuestro sistema de tutela y curatela como respuestas legislativas ante una limitación parcial de la capacidad implica que corresponde la figura de la tutela a una limitación total del alcance de la capacidad, mientras que la curatela corresponde a supuestos de limitación parcial; además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal.

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas (art. 267 CC).

Pero en atención a las circunstancias personales, puede ser suficiente un apoyo de menor intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. La curatela está llamada a cumplir esta función, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC). La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse. (STS de 19 de febrero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El Ministerio Fiscal interpone demanda de modificación de capacidad de obrar contra Laura. La demanda es estimada. Su esposo es designado como su tutor, quedando Laura privada de la facultad de testar y de realizar actos de administración económica complejos, del derecho a la tenencia y porte de armas y del derecho a conducir vehículos a motor.

La sentencia es recurrida. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, declarando la modificación parcial de la capacidad de Laura, de modo que puede regir su ámbito patrimonial respecto de aquellos actos cotidianos.

Laura interpone recurso de casación, fundamentado no en el contenido y alcance de la modificación de la capacidad, sino en el régimen de apoyo a establecer. Solicita se nombre un curador, y no tutor. El recurso es estimado. (*T. R. C.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Compraventa de chalet con vistas al mar. Nulidad por error vicio del consentimiento. Error provocado por la información precontractual suministrada por la vendedora.—Carácter esencial del error, aunque las condiciones que lo provocan no hayan sido incorporadas materialmente al contrato.—La esencialidad se refiere a la gravedad o trascendencia que todo error, por su carácter excepcional, ha de tener para que pueda ser tomado en consideración. Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento. Ha de evitarse cualquier planteamiento meramente subjetivista que tienda a hacer recaer la esencialidad del error en la percepción íntima y personal del que lo sufre. Esta interpretación objetivadora, que vincula la esencialidad al hecho de que las circunstancias que han impulsado a una de las partes (o a ambas) a contratar estén presentes en el contrato, no exige necesariamente que se expresen materialmente en el mismo cuando de las circunstancias de toda índole que concurren en el negocio deba entenderse que fueron tenidas en cuenta como determinantes en la formación de la voluntad que da lugar al consentimiento (SSTS de 17 de julio de 2000 y 24 de enero de 2003).

Excusabilidad del error. Carácter objetivo. Concorre cuando el error ha sido provocado por la otra parte al transmitir una información incorrecta.—La excusabilidad del error no depende únicamente del hecho de que el que lo sufrió actuara diligentemente, puesto que también hay que tener en cuenta la actuación de la otra parte al objeto de determinar si su comportamiento negligente o contrario a la buena fe negocial llegó a provocar tal error. En este sentido, la STS de 18 febrero de 1994 establece que «de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante». Así pues, el error será jurídicamente relevante cuando haya sido provocado por la otra parte en base a la transmisión de una información incorrecta que dio lugar a un estado de confianza que posteriormente resulta defraudado. (**STS de 6 de febrero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores habían comprado por escritura pública un chalet con vistas al mar, indicándose en la publicidad que dichas vistas eran «increíbles desde cualquier punto de la vivienda», así como que tales inmuebles respondían a la idea de «vivir en un mirador privado». Además, la vendedora trasladó una información

a los compradores que les llevó a creer erróneamente que en la parcela inmediatamente delantera solo se podría construir una vivienda compuesta de sótano y una planta, de forma que no perjudicarían las vistas que entonces disfrutaban los adquirentes. Sin embargo, en dicha parcela se construyó con posterioridad una vivienda de dos plantas, de manera que las iniciales vistas se perdieron casi por completo. Los compradores demandaron a la vendedora solicitando se declarara la nulidad del contrato por error que vició su consentimiento y, subsidiariamente, se resolviera aquél por incumplimiento de las condiciones que debían regir en el contrato. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona estimaron la demanda y declararon nulo el contrato al entender que el consentimiento había quedado viciado a consecuencia de la información facilitada a los compradores. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

7. El precontrato de opción de compra.—Es el más típico precontrato unilateral que permite al optante decidir, dentro del plazo previsto, la puesta en vigor del contrato de compraventa (SSTS de 11 de abril de 2000, 5 de junio de 2003 y 17 de marzo de 2009).

Carácter personal o real.—La opción de compra es un derecho personal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad le da trascendencia real en el sentido de que perjudica a terceros (STS de 17 de marzo de 2009).

Perfección.—En el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente que se perfeccione o no (SSTS de 24 de octubre de 1990, 23 de diciembre de 1991 y 16 de octubre de 1997).

Requisitos.—Como elementos propios del contrato preliminar la opción de compra debe contener la fijación de un plazo para el ejercicio de la opción y la existencia o no del pago de una prima por la concesión, así como cualquier otro pacto o estipulación relativos a la opción o a la futura compraventa (arras, condiciones suspensivas o resolutorias....) (STS de 2 de julio de 2008).

Obligaciones del concedente y del optante.—Las obligaciones que surgen del precontrato de opción de compra para el concedente, aún antes del ejercicio de la opción, consisten en *no disponer del bien ofrecido y mantener la oferta, sin que pueda retirarla durante el plazo estipulado, plazo dentro del cual el optante puede hacer uso de su derecho, comunicándolo al concedente, en cuyo caso, consumada la opción, se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa y nacen sus obligaciones* (SSTS de 22 de noviembre de 1993, 15 de julio de 2005 y 5 de julio de 2006). Pero ya antes del ejercicio del derecho potestativo de la opción surgen obligaciones también para el optante, como el pago de una prima.

Es indiscutible que el concedente queda obligado en los términos pactados y que el optante puede ejercer o no la opción, con arreglo a la estructura contractual común o habitual en el tráfico negocial de este contrato preliminar atípico.

Efectos.—Si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el precedente proceso.

Incumplimiento de concedente: Consecuencias.—Ante tal incumplimiento el optante pueda elegir entre exigir la resolución del contrato o su cumplimiento, en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 1124 CC, y en esta última con arreglo a lo acordado en el propio contrato.

El incumplimiento de la obligación de entregar la cosa libre de cargas y gravámenes, previsto en el contrato, es esencial.—Por tanto, desencadena un efecto resolutorio al ser básico y frustrar la función del contrato celebrado (SSTS de 13 de febrero de 2009 y 17 de febrero de 2010, entre otras).

Consumación.—Es en el momento de la celebración del contrato de compraventa cuando se produce la consumación del precontrato de opción (no cuando se ejercita éste mediante la comunicación del ejercicio de la opción). Y la consumación de la compraventa se alcanzará con la entrega de la cosa y el pago del precio en los términos convenidos.

Interpretación del contrato y casación.—La interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (SSTS de 23 de julio de 2013, 14 de mayo de 2014 y 17 de abril de 2015, entre otras).

Interpretación gramatical y la búsqueda de la voluntad real del contrato.—Aunque haya de partirse de las expresiones escritas al interpretar un contrato, la interpretación de la relación creada no puede anclarse en su sentido riguroso o gramatical y ha de indagarse la intencionalidad, es decir, lo que en realidad quisieron las partes al contratar (SSTS de 14 de enero de 1964 y 21 de abril de 1993, entre otras muchas); y la STS de 30 de noviembre de 2005 añade que «el artículo 1281 del CC recoge las grandes normas de la hermenéutica contractual, que doctrinalmente se pueden resumir en tres principios esenciales, como son: a) el principio de tomar en cuenta la voluntad común de las partes contratantes; b) el principio de la autoresponsabilidad de dichas partes contratantes; y c) el principio de la confianza y buena fe en ellas» (véanse SSTS de 30 de octubre de 2002 y 9 de diciembre de 2014).

Interpretación sistemática del contrato.—La búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas (art. 1285 CC). (**STS de 3 de febrero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La concedente y el representante de las dos optantes, celebraron en documento privado un derecho de opción de compra sobre determinado bien inmueble. Entre las cláusulas del contrato se incluían las siguientes:

- El precio de la opción se fija en la suma de 6.000 € pagaderos a la firma de este contrato, sirviendo el mismo de carta de pago.
- En caso de ejercitarse la opción de compra, las condiciones de la compraventa serán las expresadas a continuación:

a) El precio total de la compraventa será de 105.000 €, de los que se descontará la cantidad entregada en concepto de opción de compra.

b) Ambas partes estipulan que en el momento de elevarse el contrato de compraventa a escritura pública el vendedor deberá haber cancelado el préstamo hipotecario que soporta la finca.

c) Si no se eleva a escritura pública por causa de la parte vendedora esta tendría que devolver la cantidad recibida por duplicado.

Los optantes demandaron a la concedente por incumplimiento y, en consecuencia, pedían que la demandada pagase 12000 €, más el interés legal desde la fecha de la demanda. El juzgado desestimó íntegramente la demanda. La audiencia estimó el recurso de apelación al considerar que había quedado acreditado que en la fecha fijada para celebrar la compraventa la hipoteca no se había cancelado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—En la actualidad *los Principios del Derecho Europeo de Contratos* en su artículo 5.101, al establecer las reglas generales de interpretación contractual, dicen que «el contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras». Este criterio ha sido el seguido por la Comisión General de Codificación en el párrafo primero del artículo 1278 de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, de enero de 2009, al considerar que «los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras». (I. D.-L.)

8. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas. Doctrina jurisprudencial sobre los requisitos de validez de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal.—En la Sentencia 101/2020, de 12 de febrero, partíamos de la siguiente consideración: la jurisprudencia no niega validez a la cláusula de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio, y 792/2009, de 16 de diciembre). En consecuencia, la posible abusividad puede provenir de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, *per se*, ilícita. Además, haciendo nuestra la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 Aziz, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus; y AATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, y 8 de julio de 2015, asunto C-90/14), hemos declarado que, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo.

Carácter abusivo de la cláusula que permite al prestamista vencer anticipadamente el préstamo ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones de pago y amortización del crédito. Subsistencia del contrato de préstamo pese a la abusividad de la cláusula.—Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (Sentencia 463/2019, de 11 de septiembre). Por ello, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019).

Efectos de la declaración de nulidad: sólo cabe reclamar las cuotas vencidas o impagadas.—Por otra parte, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado —no solo como pacto, sino como previsión legal (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía. Además, conforme a la doctrina del TJUE, recogida en el Auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), no cabe salvar la abusividad de la cláusula porque no llegara a aplicarse en su literalidad, es decir, por haber soportado la entidad prestamista un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla. En consecuencia, procede no tener por vencido anticipadamente el préstamo. Consiguientemente, la reclamación de cantidad formulada por el banco en su demanda sólo puede prosperar respecto de las cuotas vencidas e impagadas.

Cláusula suelo. Nulidad por falta de transparencia: ausencia de información precontractual que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza.—La Audiencia entiende cumplido el control de transparencia porque considera que la cláusula es clara, comprensible y destacada. Pero no queda constancia de que hubiera sido objeto de una información precontractual, que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza. Como hemos recordado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, en este tipo de contratos de préstamo a largo plazo, es necesaria una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.

Nulidad de los intereses de demora. Doctrina jurisprudencial. Es abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.—La jurisprudencia sobre el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora en el caso de los préstamos personales destinados al consumo fue establecida por la sentencia 265/2015, de 22 de abril, en la que concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Esta doctrina fue ratificada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, al disponer lo siguiente: «[...] La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio».

Efectos de la apreciación de nulidad de la cláusula de intereses de demora. Sustitución del interés moratorio por el abono del interés remuneratorio hasta que se produzca el pago.—Los efectos de la apreciación de

nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que establecimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril: «Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada». La procedencia de esta doctrina, que había llegado a ser cuestionada, fue ratificada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, en cuya parte dispositiva dispone: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato» (STS de 19 de febrero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El demandado concertó un contrato de préstamo personal con una entidad de crédito en el que se estipuló, en lo que a nosotros nos importa, las siguientes cláusulas: a) Respecto a los intereses retributivos, se incorporó una cláusula de limitación de su variabilidad tanto respecto al límite superior del interés como del inferior (cláusula suelo); b) En cuanto a los moratorios se fijó el 17,50% y c) Se pactó que la prestamista podría declarar vencido el préstamo, sin necesidad de esperar al término de vencimiento establecido en la póliza, cuando el prestatario incumpliera sus obligaciones de pago y de amortización del principal y de pago de los intereses, comisiones y gastos en los plazos convenidos. Ante el incumplimiento por el prestatario del pago de tres cuotas de amortización, la entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el préstamo reclamando judicialmente la cantidad del crédito pendiente de abono más los correspondientes intereses moratorios y gastos. El prestatario se opuso alegando, en su defensa, la improcedencia del vencimiento anticipado y la abusividad de la cláusula suelo y de la cuantía de los intereses de demora. Tanto el juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las alegaciones de demandado y le condenaron al pago de la cantidad reclamada. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (C. O. M.)

9. Abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado: Supuestos.—Será abusiva cuando se prevea para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario (STS de 2 de noviembre de 2000). En todo caso, según las SSTJUE, de 14 de marzo de 2013 y 26 de enero

de 2017; y AATJUE de 11 de junio y 8 de julio de 2015, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

En los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato.—Esta circunstancia no se produce en los préstamos hipotecarios donde existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado, no solo como pacto, sino como previsión legal (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI) (STS 463/2019, de 11 de septiembre).

El pacto de fianza accesorio de un préstamo personal, si está concertado por un consumidor es susceptible de los controles de incorporación, transparencia y contenido propios de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.—Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza en garantía de su ejecución, así como el hecho de que la persona que se compromete a garantizar el reembolso de una deuda puede tener la condición de codeudor solidario o de fiador, no puede negarse que la fianza está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 13/93/CEE (STJUE de 17 de marzo de 1998). En sentido análogo, STS 56/2020, de 27 de enero. **(STS de 12 de febrero de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Benedicto suscribió un contrato de préstamo personal, a interés fijo del 11,25 %, con una entidad bancaria, por importe de 18.000 €, a devolver en doce años, mediante 145 cuotas mensuales de 228,31 €. El contrato fue garantizado por una fiadora solidaria. Hay que destacar la siguiente cláusula del contrato de préstamo: se permite que el acreedor pueda dar por vencido el préstamo «por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en él, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo». Cuando el préstamo presentaba un descubierto de más de trece cuotas, la entidad prestamista lo dio por vencido y solicitó judicialmente el pago total del préstamo en cuanto a capital e intereses, después de comunicar extrajudicialmente tanto al prestatario como a la fiadora el incumplimiento y el saldo deudor resultante.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimó en parte los recursos de apelación interpuestos por los demandados y el Tribunal Supremo estimó en parte los recursos de casación de los demandados y de la parte actora, al condenar a los demandados solidariamente al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda.

NOTA.—Esta es la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal. Hasta ahora había declarado la abusividad de estas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario.

En las SSTS de 11 de septiembre y 12 de diciembre de 2019, entre otras, se ha establecido cuándo es nula por abusiva una cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo hipotecario. A grandes rasgos, lo será si el incumplimiento por el deudor no es grave o esencial y cuando no se pueda modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

A partir del 16 de junio de 2019 entró en vigor la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, con esta ley para los vencimientos anticipados en los créditos hipotecarios hay que tener en cuenta lo dispuesto en su artículo 24. (*I. D.-L.*)

10. Contratos bancarios (cuenta corriente de crédito). Comisión de descubierto o excedido en cuenta. Existencia de varios descubiertos sin duplicidad de cobro comisiones por descubierto y de intereses de demora.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que la comisión por descubierto es válida siempre que se ajuste al artículo 20.4 LCCC, esto es, que no sea superior a 2,5 veces el interés del dinero, y siempre que no devenguen cumulativamente intereses de demora. (**STS de 13 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Una consumidora interpuso una demanda de juicio ordinario ejercitando una acción para que se declarase la nulidad por abusividad de la cláusula de comisiones por reclamación de posiciones deudoras y de la cláusula de comisiones por descubierto o excedidos. La controversia ante el Tribunal Supremo se limita a la comisión por descubierto. Al respecto, la actora alegaba que son los intereses de demora pactados en contrato y no las comisiones por descubierto o excedido, las que vienen a resarcir a la entidad bancaria por el incumplimiento o retardo del deudor en las obligaciones de pago contraídas, de suerte que la comisión carecía de causa.

Probada la veracidad de las disposiciones o descubiertos tácitos, el Tribunal Supremo aclaró que, a diferencia de los intereses moratorios, la comisión de descubierto tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de crédito. Por tanto, las cantidades en que se concrete la concesión de nuevo crédito en que consiste el descubierto tácito en cuenta, no pueden generar, durante el periodo de tiempo a que estén sujetos a su retribución mediante liquidaciones periódicas de comisiones de descubierto, el devengo de intereses moratorios.

En consecuencia y, dado que no se habían acumulado intereses moratorios, el Tribunal Supremo declaró la validez de la comisión habida cuenta que el servicio se produjo, existiendo reciprocidad entre la prestación de los servicios citados y la comisión devengada y cargada, que cumplía con los límites cuantitativos (2,5 veces el interés legal del dinero) que impone el artículo 20.4 LCCC. (*A. A. O.*)

11. Contrato de adquisición de productos financieros.—Deuda subordinada.—Nulidad del contrato. Efectos retroactivos de la declaración de nulidad. Recíproca obligación de restitución.—Doctrina jurisprudencial.—La nulidad produce efectos retroactivos como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de las partes. La obligación legal de restituir que impone el artículo 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, por lo que las partes deben restituirse recíprocamente lo recibido con sus rendimientos. El incremento del capital invertido por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pagó. Por ello los intereses deben calcularse desde el momento en que se hizo el pago que se restituye, es decir, desde que el cliente hizo la entrega del dinero (STS de 5 de diciembre de 2019, que sintetiza la doctrina expresada en las SSTS de 30 de noviembre y de 20 de diciembre de 2016, 4 de mayo y de 16 de octubre de 2017, y 17 de mayo y de 21 de junio de 2019, entre otras).

Deber de restitución por el cliente a la entidad bancaria de los rendimientos obtenidos o pagados por la inversión de capital con los intereses legales computados desde el momento de su abono.—Declarada la nulidad del contrato, carecen igualmente de causa los abonos de rendimientos efectuados por la entidad al cliente. En consecuencia, por aplicación de las reglas anteriores, el cliente debe restituirlos y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones. Si la pérdida de valor por el paso del tiempo es la razón que justifica que el capital invertido deba incrementarse con los intereses legales desde el momento en que se entregó el dinero a la entidad, la misma razón juega para concluir que la entidad puede recuperar los rendimientos abonados al cliente incrementados por los intereses legales desde el momento que los percibió (STS de 30 de noviembre de 2016).

Compensación de las cantidades recíprocamente debidas en virtud del deber de restitución derivado de la nulidad del contrato.—Las obligaciones de restitución recíproca de ambas partes, una vez calculadas conforme a las reglas precedentes, se compensan hasta la cantidad concurrente (SSTS de 3 de abril de 1995 y 24 de septiembre de 2004, entre otras). **(STS de 3 de febrero de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los actores suscribieron en 2005 un contrato de adquisición de deuda subordinada con la entidad financiera CB, S. A. por importe de 168.000 €. Los títulos fueron posteriormente reconvertidos en acciones y adquiridos por el Fondo de Garantía de Depósitos en 2013, pudiendo recuperar los adquirentes algo más de 130.000 € de la cantidad inicialmente invertida. Meses después, el matrimonio contratante interpuso una demanda contra CB, S. A. para que se declarase la nulidad del contrato de adquisición de las obligaciones subordinadas y se condenara al abono de la cantidad de 28.800 €, que era la resultante de la compensación entre la cantidad por aquellos perdida (38.000 €), más el interés legal de todas las cantidades entregadas y los intereses remuneratorios recibidos en su momento como pago hecho por el banco por la inversión realizada. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la

demanda y declaró la nulidad del contrato. Sin embargo, no estimó el método de cálculo de los intereses a abonar. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación de la entidad financiera. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

12. La culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual.—Frente a lo que sostiene la recurrente en casación, según la cual la tendencia que se viene siguiendo en los últimos años es hacia soluciones que prescinden de la culpa y se acercan a una responsabilidad cuasi-objetiva, el Tribunal Supremo reafirma su retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto en el plano contractual como en el extracontractual. El resumen de la actual doctrina se basa en tres observaciones. La primera, que las excepciones a la responsabilidad subjetiva o por culpa solo pueden producirse por la ley. La segunda, que, no obstante lo anterior, el carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar una inversión de la carga de la prueba, debiendo entonces el demandado probar la falta de culpa. La tercera, que en las actividades que no son anormalmente peligrosas es el demandante quien deberá acreditar la culpa del demandado, de acuerdo con el artículo 217 LEC.

Obligaciones de guarda y asistencia de las personas internas en una residencia de la tercera de edad.—La gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa. Ciertamente, deberán cumplirse determinados estándares de diligencia y cuidado, pero entre ellos no se incluye el observar a los residentes durante las veinticuatro horas del día, si no se encuentran en una situación particular de peligro que exija un especial control o una exhaustiva vigilancia. Este último podría ser el caso de residentes que padezcan enfermedades psíquicas o cuando concurre un riesgo autolítico, así como también —quizás— si existe una patología cardiovascular previa que haga previsible la necesidad de una atención inmediata.

La responsabilidad por servicios recogida en los artículos 147 y 148 TRLGDCU exige en todo caso la prueba del nexo causal.—No cabe atribuir la responsabilidad basada en tales preceptos si no se establece una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, así como la constatación de que no se han alcanzado los niveles objetivos de eficacia o seguridad exigibles. No basta, por tanto, con identificar la causación de un daño.

La doctrina de la pérdida de la oportunidad.—Esta doctrina es aplicable únicamente cuando existe una indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido. En defecto de este nexo, no puede imputársele el daño al demandado por omisión de la diligencia debida con base en la probabilidad estimada de que un determinado comportamiento por su parte pudiera haber conseguido evitar el daño. (STS de 11 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Una persona con diferentes patologías, entre las cuales no se encontraba ninguna enfermedad cardiovascular, había ingresado en una residencia de la tercera edad el 31 de diciembre de 2006, abandonándola el 31 de marzo de 2007, y retornando a ella el 4 de julio de este mismo año. Tras ser vista por el personal de

la residencia entre las 14 y 15 horas el 6 de julio de 2007, la residente falleció alrededor de las 16 horas por infarto agudo de miocardio, en un momento en el que se encontraba sola. El personal de la residencia la localizó aproximadamente a las 17 horas. Una de las hijas de la fallecida interpone una demanda contra la entidad titular de la residencia, solicitando la condena al pago de una indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por la demandada, dejando sin efecto la primera resolución y absolviendo a la entidad titular de la residencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante. (R. P. C.)

13. Pacto comisorio. Sanción de nulidad del pacto. Doctrina jurisprudencial.—Como resulta de la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2008, el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor del bien objeto de la garantía por su libérrima voluntad al margen de cualquier procedimiento legal de ejecución o apremio, ha sido siempre rechazado, por evidentes razones morales reflejadas en los ordenamientos jurídicos, a los que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en reiterada jurisprudencia de este Tribunal, en la que se ha declarado reiteradamente que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

Ámbito de la prohibición del pacto comisorio. Aplicación a la compraventa simulada en función de garantía.—Dentro del ámbito de la prohibición, este Tribunal ha incluido en diversas ocasiones el negocio de transmisión de propiedad en función de garantía, instrumentada a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada. Y ello es así por cuanto la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría de aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. art. 6.4 CC).

Doctrina que ahora mantenemos reiterando que un préstamo o un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisario, es decir, pacto por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo) el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada, tal pacto incurre en nulidad ipso iure conforme al artículo 1859 del CC.

La venta a carta de gracia.—La venta a carta de gracia es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) en que una persona (el supuesto

vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa. Estructura negocial que integra un clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) está obligado a devolver el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa por el sólo incumplimiento de aquella obligación.

La calificación de la venta en garantía como compraventa simulada.—La sentencia de 20 de diciembre de 2007, reiterada por la 34/2012, de 27 de enero, resume la doctrina jurisprudencial del siguiente modo: «Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor [...] hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

La venta en garantía como subtipo del negocio fiduciario. Doctrina jurisprudencial sobre sus caracteres esenciales.—La jurisprudencia de esta sala ha enfocado el caso particular de la llamada «venta en garantía», desde la perspectiva de su asimilación o subsunción en la categoría de los negocios fiduciarios. Las líneas maestras de la configuración de la venta en garantía fueron resumidas por nuestra sentencia 413/2001, de 26 de abril:

«1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

2.º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegurar al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

3.º El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley (art. 6.4.º del CC)».

Preferencia de la calificación jurídica de la venta en garantía como negocio simulado.—Como se desprende de la sentencia 34/2012, de 27 de enero, que declaró la nulidad no sólo de la compraventa simulada sino también de la titularidad formal (fiduciaria) con ella pretendidamente transmitida, la jurisprudencia de esta sala acude preferentemente a la calificación de la compraventa en los supuestos de «venta en garantía» como negocio simulado, si bien alcanzando resultados prácticos similares en cuanto al efecto de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio.

La prohibición del pacto comisorio es también aplicable a cualquier otro negocio indirecto, distinto de la venta en garantía, que persiga apropiarse de los bienes dados en garantía por el deudor.—La prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, incluyendo no sólo la «venta en garantía» sino cualquier otra construcción jurídica o estructura negocial que persiga el mismo efecto elusivo de la prohibición del pacto comisorio.

El pacto comisorio en las Resoluciones de la DGRN. Supuestos de negocios indirectos que ocultaban un pacto comisorio.—Ejemplos de ello han tenido también presencia reiterada en las Resoluciones de la DGRN, reflejo del tráfico jurídico. En este sentido la Resolución de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición en un supuesto de venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, que facultaba al comprador para requerir de pago al vendedor, de forma que la venta con pacto de retro se utilizaba para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia. Las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 26 de noviembre de 2008, concluían que la opción de compra examinada en las mismas se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil. O el caso de la Resolución de 20 de julio de 2012 en un supuesto de una escritura en la que una sociedad reconocía una deuda a favor de otra, sujeta a un plazo de amortización no vencido, y en la misma escritura se convenía una cesión en pago de la deuda asumida sometiendo esta cesión a condición suspensiva, de manera que la cesión quedaría sin efecto en caso de que llegada la fecha de vencimiento de la obligación la deudora cedente hubiera pagado a la acreedora cesionaria el importe adeudado (vid. la estrecha conexión entre la suerte del crédito garantizado y la efectividad de la transmisión).

La venta en garantía no transmite la propiedad del bien.—Como señaló la citada Resolución DGRN de 20 de julio de 2012, haciéndose eco de la jurisprudencia de esta sala, no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, «por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e «intervivos» de los derechos

reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. artículo 1261-3.º, 1274 a 1277 CC)». En la «venta en garantía» «la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar, en funciones de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación», propósito no amparado por el ordenamiento jurídico por contrario a la prohibición del pacto comisorio que imponen los reiterados artículos 1859 y 1884 CC, y en consecuencia, conforme a la jurisprudencia ampliamente reseñada supra, determina la nulidad plena y radical del negocio que incurre en tal infracción. **(STS de 4 de febrero de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En el caso de la sentencia se parte de varias operaciones realizadas entre los interesados. En la primera, se estipula un préstamo hipotecario concedido por los que serán codemandados a favor de los futuros demandantes con un plazo de vencimiento de seis meses y pacto de amortización mediante un pago único. Al vencimiento de este plazo, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de lo adeudado, las mismas partes convienen en formalizar una novación de dicho préstamo con un doble objeto: ampliación del capital del préstamo y también de su plazo de duración, prorrogando la fecha de vencimiento en tres meses. Al término de este segundo plazo, y ante el mantenimiento de la incapacidad de pago de los deudores, acordaron la venta del inmueble hipotecado a los prestamistas, que lo adquieren por un precio (165.920 €) significativamente inferior al previsto en la primera escritura del préstamo hipotecario como valor de tasación a los efectos de subasta (600.000 €), siendo parte del precio abonado mediante la retención del importe de la deuda hipotecaria pendiente de pago, y el resto en efectivo metálico el día del otorgamiento. Finalmente, en fecha próxima a esa primera venta los entonces compradores venden la finca a unos terceros por el precio de 200.000 €, pagado mediante tres transferencias bancarias. Posteriormente, los prestatarios demandan judicialmente la nulidad de la primera y segunda compraventa. Afirman que, con ocasión de la primera compraventa, se estipuló verbalmente entre vendedores y compradores que la vivienda era vendida en garantía de la devolución del préstamo. Que se acordó un plazo de «rescate» del inmueble con un término de nueve meses, y que, consecuentemente, se trató de una compraventa simulada, puesto que nunca se pretendió vender y comprar el derecho de propiedad, sino que la finalidad de esa venta no era otra que la de garantizar el préstamo encubriendo un pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 CC. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial resolvieron el litigio en base a argumentos centrados en la valoración probatoria y consideraron que no existían pruebas que acreditasen que la compraventa era fiduciaria ni que existiera un pacto verbal comisorio o de uno de retroventa. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

14. Cesión de derechos de crédito. Derecho de retracto sobre créditos litigiosos. Interpretación jurisprudencial del artículo 1535 CC. Transmisión de créditos hipotecarios impugnados por la empresa deudora por nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar dichos créditos: No integran el concepto de crédito litigioso, la eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas de los préstamos.—La Sala Primera del Tribunal Supremo rechaza que el carácter controvertido de una parte del préstamo (cláusula suelo) comporte la litigiosidad del crédito de forma que su cesión conceda al deudor un derecho de retracto. (**STS de 5 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La entidad actora suscribió con Caixa Laietana, hoy Bankia, diversos préstamos hipotecarios, posteriormente novados. Estos préstamos fueron transmitidos por Bankia a la entidad Burlington Loan Management LTD.

La entidad actora, interpuso una demanda contra Bankia, S. A. solicitando la nulidad de las cláusulas suelo que habían sido introducidas al novar los créditos. La demanda fue admitida a trámite antes de la cesión de los créditos. Bankia notificó a la actora la transmisión de los créditos a Burlington Management LTD. Hotel Blanco Don Juan, S. L. interpuso una demanda contra Bankia, S. A. y contra Burlington Loan Management LTD, interesando que se declarase que la actora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1535 CC, tiene un derecho de retracto sobre los créditos litigiosos cedidos y que se declaren extinguidos previa consignación por la demandante del precio y sus intereses desde el día en que fue satisfecho.

El Tribunal Supremo declaró que la regla general en nuestro Derecho es la de la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario (art. 1112 CC). Por tanto, el denominado retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, y como tal requiere una interpretación estricta. Ha de entenderse que un crédito litigioso es aquel que «habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible», en otros términos, «aquellos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme». Con todo, el Tribunal Supremo rechazó que el crédito controvertido fuera litigioso pues «el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas del préstamo». (A. A. O.)

15. Concurso de acreedores. Crédito contingente. Finalización de la contingencia.—Según la STS 548/2016, de 20 de septiembre, la «condición de litigioso la tiene cualquier crédito cuya existencia haya sido directamente cuestionada en un procedimiento judicial, mientras no recaiga una resolución firme o susceptible de ejecución provisional que lo reconozca». De donde se deduce que la calificación de contingencia por litigiosidad es,

por definición, transitoria, puesto que depende del resultado del litigio en que se esté discutiendo el crédito. Si el proceso concluye con resolución desestimatoria, el crédito deberá ser dado de baja de la lista de acreedores. Mientras que, si es estimatoria, el reconocimiento del crédito será confirmado con la cuantía que se haya fijado en la resolución firme o susceptible de ejecución provisional que haya puesto fin al litigio. Como manifestó la STS 233/2014, de 22 de mayo, si el proceso judicial no ha comenzado no se puede calificar el crédito como litigioso, y por ende, como contingente, por más que su existencia y/o cuantía resulte controvertida. La situación de litigiosidad (*rectius*, litispendencia) comienza con la interposición de la demanda, siempre que posteriormente sea admitida, y acaba con la confirmación del crédito mediante sentencia firme o provisionalmente ejecutiva. Ahora bien, la calificación de contingencia no se refiere solo a la pendencia del pleito, sino también a la determinación de la cuantía, puesto que mientras que el crédito no sea exactamente cuantificable no puede incorporarse de manera definitiva (en el sentido de no contingente) a la lista de acreedores. En este caso, la sentencia firme que dio lugar al reconocimiento del crédito como contingente no liquidó la cantidad de la que era acreedora la demandante frente a la concursada, sino que la determinación de su importe dependía de unas operaciones en ejecución de sentencia que, a la fecha de interposición de la demanda de incidente concursal, no estaban concluidas, por lo que el crédito no estaba definitivamente cuantificado. Lo que, impedía todavía su confirmación como crédito ordinario con cuantía propia. **(STS de 11 de marzo de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La demandante interpone una demanda incidental concursal en la que solicita que se dicte sentencia reconociendo un crédito ordinario contra la concursada demandada por importe de 24.862.379,74 euros. La concursada y la administración concursal se oponen solicitando la desestimación de la demanda, al considerar el crédito como contingente pendiente de cuantificar o sin cuantía.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. El demandante recurre en apelación el auto del Juzgado.

La Audiencia provincial desestima el recurso de apelación. La demandante recurre en casación el auto de la Audiencia.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

16. Concurso de acreedores. Valoración del sacrificio: alcance.—Debe procederse a la valoración del sacrificio justificado en casos de garantías a favor de terceros cuando existen contraprestaciones a favor del garante que provienen de ese tercero. Esta doctrina es aplicable a todas las garantías constituidas a favor de terceros y no sólo a aquéllas constituidas a favor de terceros que son sociedades del mismo grupo empresarial. Una cosa es que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC porque en estos casos la contextualidad de estas garantías, reales y personales, excluya su gratuidad, y otra la valoración de la justificación del sacrificio patrimonial que supone la prestación de la garantía, en atención de los beneficios directos o indirectos que podían derivarse para el concursado que haya prestado la garantía. En suma, esta valoración no queda reducida únicamente a los casos de grupos de sociedades, sino que

se aplica en cualquier caso en que se haya concedido una garantía sobre deuda ajena. (STS de 3 de febrero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Los administradores concursales de A. U. S., SA interpusieron demanda de incidente concursal de reintegración, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, contra las entidades A. U. S. SA, B. E. C., SA., don G. y los herederos de don H., solicitando se deje sin efecto el aval solidario otorgado por la concursada en garantía del préstamo hipotecario concedido por B. E. C., SA a favor de los codemandados, don G. y don H.; igualmente, solicitan la cancelación de la prenda sobre derecho de concesión administrativa y que se declare la inexistencia de los créditos concursales inicialmente reconocidos a favor de B. E. C., SA. El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid desestimó la demanda interpuesta por la administración concursal. Recurrida en apelación por la misma administración concursal, la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia estimando el recurso interpuesto y declarando la reintegración solicitada, así como la ineficacia del aval solidario prestado y de la prenda sobre derechos de crédito correspondientes, ya que descartó que la justificación del sacrificio que comporta la concesión de las garantías pudiera venir de la existencia de ventajas compensatorias, aun indirectas, al no existir una relación propia de grupo de empresas El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre, regula estos aspectos en los artículo 227 y ss., estableciendo, en síntesis, que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real. Cuando se trate de actos no comprendidos en el artículo anterior, el perjuicio patrimonial para la masa activa deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria. (N. D. L.)

17. Carácter civil o mercantil de la venta de acciones sociales.—Las ventas no citadas en el artículo 326 CCO no revierten o quedan necesariamente subsumidas en el ámbito de aplicación del artículo 325 CCO (que declara mercantil la «compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de

lucrarse en la reventa»), si no concurre simultáneamente el elemento intencional de la reventa y de la obtención de lucro con ella. Esto supone, a juicio de la Sala 1.^a, que, en el caso concreto de un contrato de compraventa de acciones sociales, la calificación del contrato como civil deriva asimismo de las características del propio objeto del contrato, que supone la venta parcial de la titularidad de una sociedad, excluido por la misma naturaleza de tal objeto de su consideración como mercantil.

Interpretación del contrato y mercantilidad de la venta.—Cuando no consta el propósito de reventa en una compraventa de acciones sociales ni la integración de las acciones sociales en el proceso productivo de la empresa, la propia naturaleza del objeto del negocio traslativo de venta parcial de una sociedad, excluye la consideración del contrato como mercantil. (STS de 20 de febrero de 2020; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En junio de 1993, 5 hermanos y una madre suscribieron un contrato de permuta, compra de acciones y otros derechos y división de comunidad, en el que fijaban la titularidad de las acciones que correspondía a cada uno de ellos en el grupo empresarial familiar G, integrado por las sociedades A, B, C y D. En ese contrato se estipuló la transmisión de la totalidad de las acciones de las compañías mercantiles del grupo G correspondiente a los hermanos «2» y «3» (lo que aceptaban «4» y «5») al hermano «1», que las adquiriría para su sociedad de gananciales. El precio que «1» debía abonar a «2» y «3», cada una de las cuales ostentaba el 15 % del capital social, fue el siguiente: a «2» 90.050.000 pesetas y «3» 97.050.000 pesetas, acordándose asimismo el fraccionando del abono de dichas cantidades en pagos continuados con vencimiento final en el año 1996. En octubre de 1993, el adquirente y los vendedores, suscribieron una serie de pólizas con novación subjetiva del deudor en el contrato antes reseñado, pasando a ocupar la posición jurídica de aquél la sociedad D. Además, en estas pólizas de novación subjetiva de la venta se concretaba la cuantía de las cantidades adeudadas en concepto de pago del precio de la venta, que quedaron fijadas respecto a «2» en 60.643.620 pesetas y respecto a «3» en 60.643.620 pesetas, es decir una cantidad inferior a la estipulada inicialmente en la que figuraba como deudor «1». Los hermanos vendedores formularon una demanda de juicio ordinario contra la entidad D, en la que pedían la condena de esta última a abonar a «2», la cantidad total de 706.075,03 €, 360.055,70 € de principal y 346.019,33 € de intereses devengados desde el día 1 de enero de 1997 hasta la fecha, más los intereses legales desde la interposición de la demanda; y a abonar a «3» 783.466,50 €, 402.126,55 € de principal y 381.339,95 € de intereses devengados desde el día 1 de enero de 1997 hasta la fecha, más los intereses legales que procedan desde la interposición de la demanda.

El juzgado dictó sentencia que estimaba en parte la demanda y condenaba a la demandada, D, al pago a cada demandante de la cantidad de 306.180,18 euros más el interés legal, en los concretos términos solicitados.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D, alegando la prescripción de la acción y la aplicabilidad del artículo 1101 del CC respecto del sistema del cómputo de los intereses de demora, por entender que la compraventa de las acciones y participaciones sociales debía calificarse como contrato civil y no mercantil. Dicha sentencia también fue impugnada por las demandantes respecto del importe de la deuda y del pronunciamiento en materia de costas. La Audiencia Provincial desestimó sendos recursos de apelación. Frente a ello, D interpuso recurso de apelación. (A. I. R. A.)

18. Legitimación pasiva en las acciones de indemnización de daños y perjuicios en las ventas de automóviles.—Los artículos 128 y siguientes TRLGDCU regulan la responsabilidad civil por bienes o productos defectuosos. Este régimen no sirve para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Esta acción no es adecuada para indemnizar el daño que supone la frustración del interés contractual del adquirente del bien o servicio que no se ajusta a lo contratado. El artículo 142 TRLGDCU establece que los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a dicha normativa, sino que darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil. Por tanto, para resolver sobre la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa por deficiencias en el producto vendido, deben aplicarse las normas del Código civil.

En relación con esta cuestión, debe tenerse presente el primer inciso del artículo 1257 CC, que establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (principio de relatividad de los contratos). Nadie puede ser obligado por un contrato en que no ha intervenido y prestado su consentimiento, ni sufrir las consecuencias negativas del incumplimiento en el que no ha tenido intervención. No obstante, la contratación en el sector del automóvil presenta particularidades que justifican limitar o excepcionar el principio de relatividad de los contratos. Y ello por las siguientes razones: 1) los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores; 2) la importancia de la marca del fabricante; 3) la fidelidad del consumidor a dicha marca; 4) su influencia en la decisión del adquirente de un automóvil; 5) la afectación masiva a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación.

En este ámbito, la relación económica se establece entre el fabricante y el comprador, pues los sujetos intermediarios (en concreto, los concesionarios) tienen, por lo general, menor importancia. Desde el punto de vista jurídico, esos sujetos intermedios constituyen una de las partes de los contratos que, de un lado, se celebran entre el fabricante (o el importador) y el concesionario y, de otro, entre el concesionario y el comprador final, contratos conexos en los que se plasma esa relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final. Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía adicional o la exigibilidad por el consumidor final

de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo. Por tanto, si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo publicitó. En estas circunstancias, limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final puede suponer un perjuicio para los legítimos derechos de los adquirentes. Puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el artículo 1107 CC, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe, mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso.

Por estas razones, en estos casos, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un tercero totalmente ajeno al contrato. Si el incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que el fabricante había puesto en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante, a éste le será imputable el incumplimiento. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquel. (STS de 11 de marzo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 30 de septiembre de 2013, S compró en el concesionario oficial del grupo V (TM) un vehículo SI, con motor diésel, fabricado por la demandada SE. Unos dos años después, dada la repercusión pública que tuvieron los hechos, la compradora tuvo conocimiento de que el motor de su vehículo llevaba instalado un software que ocultaba el incumplimiento de los estándares de emisión de gases contaminantes.

La compradora interpuso una demanda contra el vendedor y contra el fabricante del vehículo, en la que solicitaba, con carácter principal, la anulación de la compraventa por vicios del consentimiento o la resolución por incumplimiento e indemnización de daños morales. Y, subsidiariamente, la indemnización de los daños materiales y morales derivados de no cumplir el vehículo las características, en lo relativo a emisiones, con que había sido ofertado y de la necesidad de someterlo a una modificación para eliminar el mecanismo de manipulación instalado y cumplir los estándares de emisión de gases contaminantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, condenando al vendedor a indemnizar a la compradora en quinientos euros por los daños morales, por entender que, al tratarse de responsabilidad contractual, no había un vínculo de tal naturaleza con los fabricantes (V o SE).

La demandante interpuso un recurso de casación, basado principalmente en la incorrecta aplicación del principio de relatividad contractual del artículo 1257 CC. De todos los pronunciamientos de la Audiencia, la actora únicamente impugna que se haya estimado la falta de legitimación pasiva de SE. El Tribunal Supremo esti-

ma el recurso, condenando solidariamente a TM y a SE al pago de la indemnización de quinientos euros por los daños morales sufridos por la demandante. Que el motor hubiera sido fabricado por otra empresa del grupo no es óbice para esta condena. En cualquier caso, ello no obsta a que el fabricante pueda repetir posteriormente contra el proveedor que le suministró el componente determinante del defecto o que la condena a SE pueda ser tomada en consideración en el ajuste de las relaciones internas entre los distintos integrantes del grupo V.

NOTA.—Sobre el principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC, *vid.* también las SSTS de 26 de mayo de 1989, 4 de junio y 3 de diciembre de 1990, 5 de marzo y 28 de octubre de 1992, 7 de julio de 1994, 26 de mayo de 1995, 22 y 29 de septiembre de 1997, 23 de julio de 1999, 27 de julio de 2000, 19 de junio y 20 de octubre de 2006, 7 de marzo y 12 de diciembre de 2007, 10 de noviembre de 2010, 17 de junio de 2011, 29 de mayo de 2014, 8 de abril de 2015, 14 de marzo de 2018 y 2 de marzo de 2020. En relación con otro caso de responsabilidad por defectos en un vehículo, *vid.* igualmente la STS de 23 de mayo de 1991. (S. L. M.)

19. Garantía y prescripción en vicios o defectos constructivos.—La Sala Primera reitera su doctrina sobre la garantía es el plazo que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado de los daños causados por una mala construcción. Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar «desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas» (arts. 6.5 y 17.1 LOE). La prescripción, por el contrario, no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. De este modo, si el vicio tachado como ruínógeno aparece dentro del plazo de garantía, resulta posible ejercitar la acción de responsabilidad, siempre y cuando esta no esté prescrita. (STS de 11 de marzo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La sociedad S fue constructora, promotora y vendedora de los inmuebles que integran la comunidad de propietarios C, según el proyecto elaborado por los arquitectos A y B, quienes certificaron el fin de obra el día 7 de septiembre de 1999. El inmueble consta de dos edificios de Viviendas de Protección Oficial con sus correspondientes garajes y trasteros. La Declaración de Obra Nueva, del inmueble de la Comunidad se realizó mediante Escritura Pública otorgada por el 8 de septiembre de 1999. En 2002, C se puso en contacto con S instando la reparación de un problema de ascensor. En 2008, se constata el crecimiento de una fisura en la fachada y ante la gravedad de los defectos con desprendimiento y caída de trozos de fachada a la vía pública C en junio de 2009, reca-

bó el informe de un arquitecto que puso de manifiesto las graves y generales deficiencias en la fachada. Ante la reclamación, S respondió señalando la responsabilidad de la dirección de obra. Remitida reclamación a la dirección de obra la misma respondió a través de su seguro que la responsabilidad era de la ejecución de la obra. A la vista de lo anterior C encargó un nuevo informe pericial elaborado del que resultaba la responsabilidad de S y de los arquitectos A y B.

C interpuso demanda contra S y los arquitectos A y B para que realizasen las reparaciones fijadas en el informe pericial y, en el supuesto de no llevar a cabo las obras en el plazo que prudencialmente el juez fijase, a pagar a la Comunidad de Propietarios de la suma de 186.171 euros. En la demanda se ejerció la acción de ruina (art. 1591 CC), así como la de incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, en consecuencia, condenó solidariamente a los demandados a realizar las reparaciones fijadas en un plazo o, de no hacerlo así, a abonar la suma reclamada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por A y B, desestimando los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda respecto a los citados recurrentes por apreciación de la excepción de prescripción extintiva. En cuanto a la sociedad S, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por esta. C interpuso recurso de casación, por aplicación indebida de los artículos 1591 y 1964 CC, en relación con la jurisprudencia de la Sala Primera, que distingue entre el plazo de garantía de 10 años por responsabilidad de vicios ruinosos en los edificios y el plazo de prescripción de 15 años vigente en el momento, a contar del *dies a quo* en que se produjo el vicio, propio de las acciones personales. (A. I. R. A.)

20. Responsabilidad del arquitecto técnico por defectos constructivos causados por error de proyección e incumplimiento del deber de supervisión o dirección de la ejecución material de la obra [art. 13.2 c) LOE].—Un mismo defecto constructivo puede deberse en parte a error de proyección y en parte a la supervisión o control de la ejecución que corresponde al director de ejecución de la obra de acuerdo con el artículo 13.2 LOE; de tal forma que no pudiéndose deslindar la cuota de responsabilidad de los diferentes agentes de la edificación procede declarar su responsabilidad solidaria (art. 17.3 LOE). El director de ejecución de la obra se encuentra sujeto en la misma medida a las previsiones del proyecto que a las denominadas normas y reglas de la buena construcción (STS de 31 de mayo de 2007), correspondiendo a este agente la vigilancia para que la construcción se adecúe al proyecto técnico y a tales *buenas normas de la construcción* (STS de 19 de mayo de 2006). Así, este agente no debe limitarse a una ejecución incondicional del proyecto, sino que debe advertir al director de la obra la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos en dicha ejecución (STS de 23 de febrero de 2010). (STS de 4 de febrero de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios de un edificio interpuso demanda en contra la entidad promotora, la constructora, arquitectos superiores y arquitecto técnico, con la pretensión prin-

cial de su condena solidaria al abono del coste de reparación de los defectos constructivos que presentaba su cubierta y, subsidiariamente, a la realización de las obras de reparación necesarias. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda absolviendo al arquitecto técnico, director de la ejecución de la obra. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial extiende la condena al arquitecto técnico, pronunciamiento frente al que éste formula recurso de casación compuesto de tres motivos. En el primero, denuncia infracción del artículo 17.2 LOE por no respetar la individualización de las responsabilidades realizada por la sentencia de instancia; en el segundo, infracción del artículo 17.3 LOE, al no proceder la condena solidaria de los agentes por la referida individualización de responsabilidades y, en el último, infracción del artículo 13.2 c) LOE que impone al director de ejecución de la obra la obligación de dirigirla de acuerdo con el proyecto y las instrucciones del director de la obra, lo que defiende haber hecho al ser atribuible el defecto a un error de proyecto y no a una deficiente dirección de obra. Se desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia extractada sujeta el deber de supervisión del director de ejecución de la obra tanto al proyecto como a la llamada *lex artis*, parámetro este último que no contempla expresamente la LOE, pero que figura en otras normas y en pronunciamientos que han incidido en que no se trata de un mero ayudante del director de la obra (cfr. art. 2 Decreto de 16 de julio de 1935 y SSTs de 28 de mayo de 2001, 27 de junio de 2003 y 10 de marzo de 2004). Efectivamente para que el director de ejecución de la obra se exima de responsabilidad no basta con cumplir el proyecto, al ser necesario que la edificación se ajuste a las reglas de la buena construcción. Ahora bien, conviene deslindar lo anterior de una responsabilidad del director de ejecución de la obra basada en defectos de proyecto. Debe repararse en que no existe para el director de ejecución de la obra un precepto como el artículo 17.7 LOE que establece la responsabilidad del director de la obra por los errores u omisiones del proyecto. No obstante, en el caso particular de defectos del proyecto relacionados con la cimentación han existido pronunciamientos dispares. Así, la STS de 28 de mayo de 2001 absolvió al arquitecto técnico porque el conocimiento del defecto de cimentación excede de la fase de ejecución; mientras que la STS de 27 de junio de 2003 lo condenó por ese mismo defecto en un caso en que no existía estudio del suelo. Por otra parte, la sentencia extractada recuerda que el arquitecto técnico también suscribió el certificado final de obra junto con el director de la obra, lo que nos resulta una clara alusión al artículo 17.7 LOE que responsabiliza a los dos agentes de la veracidad y exactitud de aquel certificado en el que se declara haberse ejecutado la obra de acuerdo con las reglas de la buena construcción (cfr. anejo II del CTE). Sin embargo, entendemos que debe acudir a las funciones de ambos agentes, no coincidentes (cfr. arts. 12 y 13 LOE), para determinar la responsabilidad de uno u otro. En esta línea, se ha sostenido que la mera suscripción de un certificado final de obras no es un criterio de imputación de la responsabilidad [*vid.* Cordero Lobato, E., en Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., y González Carrasco, M.

C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Navarra, 2007, p. 393, y Martínez Escribano, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2007, p. 219]. Para más detalles *vid.* Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 208-212. (F. S. N.)

21. Crédito revolving. Interés usurario. Interés normal del dinero.—Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» a efectos de realizar la comparación con el interés y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias. El índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. En consecuencia, la TAE del 26,82 % del crédito *revolving* de este litigio ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20 %. El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20 % anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, lo que determina el carácter usurario de la operación de crédito. (STS de 4 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La prestataria interpone una demanda contra el prestamista solicitando la nulidad del contrato de tarjeta de crédito *revolving* por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio.

En su contestación a la demanda, el prestamista sostiene que los intereses remuneratorios pactados no podían ser considerados usurarios puesto que no son notablemente superiores al tipo de interés habitual en el mercado de tarjetas de crédito *revolving*, según los tipos de interés publicados por el Banco de España para dicho tipo.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Contra la sentencia del Juzgado interpone el demandado recurso de apelación, que la Audiencia Provincial desestima.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone la parte demandada recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

22. Apuestas deportivas. Cláusula de invalidación de apuestas. Cláusula abusiva. Abuso de derecho.—La cláusula controvertida reza que el empresario «se reserva el derecho de invalidar apuestas por cualquiera de las siguientes causas: errores humanos de sus empleados o errores informáticos. Apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto». La cláusula es abusiva porque en los términos en que está redactada deja al arbitrio del operador la voluntad de cumplir con el contrato. En efecto, la forma en que está redactada la cláusula es tan amplia que confiere una arbitrariedad muy grande a la empresa en su ejecución, lo que permite en la práctica que quede al arbitrio de la empresa de apuestas el cumplimiento del contrato. La cláusula no distingue el momento temporal de esta anulación, y en concreto si procede sólo antes de que se llegue a consumir el evento deportivo sobre el que recae la aleatoriedad de la apuesta, o si también puede hacerse después de cumplido el evento, cuando ya se ha consumado el resultado de la apuesta, y por lo tanto cuando lo que procedería ya sería su cumplimiento. Por consiguiente, la cláusula, debido a su falta de precisión, atribuye a la empresa una facultad unilateral que le permite la anulación arbitraria de las apuestas una vez consumado el evento de referencia, y por lo tanto después de comprobar que no le salía a cuenta ofrecer la apuesta en las condiciones en que lo hizo.

La conducta desarrollada por el jugador al realizar las apuestas, aprovechando que, en los términos en que se había ofertado la cuota por el empresario en ese mercado, la probabilidad de acierto era muy alta, a primera vista no constituye un acto contrario a la buena fe, ni un abuso de derecho. Es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuestas, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa. Lo realmente relevante es el volumen de apuestas realizadas y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. Es obvio que el jugador se percató enseguida del error de cálculo realizado por la empresa, que de alguna manera desvirtuaba la aleatoriedad del contrato. La realización de algunas apuestas con el beneficio consiguiente, no tacharía su comportamiento de contrario a la buena fe. El problema es el volumen de apuestas realizadas en tan corto periodo de tiempo, aprovechando el error que eliminaba prácticamente la aleatoriedad y le aseguraba el acierto, que llega a ser desproporcionada (realiza 78 apuestas en menos de cuatro días, por un importe de 684,38 euros, y obtiene un premio de 2.773.164 euros). Precisamente es esa magnitud y desproporción la que pone de manifiesto que la forma de realizar las apuestas, masiva, constituye un abuso que el derecho no puede amparar. (**STS de 6 de marzo de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El jugador interpone una demanda contra la casa de apuestas solicitando el abono de 2.773.164 euros. La empresa demandada solicita la desestimación de la demanda en virtud de una cláusula del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. El demandante recurre en apelación la sentencia del Juzgado.

La Audiencia provincial estima el recurso de apelación. La casa de apuestas demandada recurre en casación la sentencia de la Audiencia.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

23. Suscripción de un protocolo familiar en el seno de un grupo empresarial formado por padre e hijos con objeto de regular las reglas de contenido moral y jurídico a las que se someterían a partir de entonces las relaciones con la empresa. Incumplimiento del protocolo por alguno de los hijos. Validez y carácter vinculante del protocolo familiar como pactos parasociales pero imposibilidad jurídica de su perpetuidad como limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara válidos los actos de disposición de acciones y participaciones efectuadas contraviniendo el Convenio familiar. Esto es así porque el Convenio no puede tener el efecto de mantener indefinidamente limitaciones a la transmisibilidad de las acciones y participaciones, pues ello comportaría una suerte de vinculación perpetua de los derechos de los socios contraria a las normas imperativas del derecho de sociedades, ya que los pactos parasociales son válidos y lícitos siempre que no resulten contrarios a la Ley, a la moral o al orden público. (**STS de 20 de febrero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En 1983 los integrantes de un grupo familiar suscribieron un Convenio en el que se procedía a repartir y adjudicar las participaciones societarias de las sociedades del grupo, para asegurar una ordenada sucesión en las empresas familiares tras el fallecimiento de los fundadores. El grupo empresarial, compuesto de varias sociedades, mantuvo su capital distribuido en los porcentajes antes indicados, hasta que varios de los hermanos (sin intervención de los demandantes) decidieron proceder a la celebración de las permutas, compraventas y donaciones de las acciones y participaciones sociales. Los hermanos restantes solicitan la nulidad de tales disposiciones por incumplir el protocolo familiar. El protocolo familiar no fue objeto de ninguna de las modalidades de publicidad registral previstas en el RD 171/2007, de 9 de febrero; no contenía cláusula penal en caso de incumplimiento; tampoco se incorporó a la esfera corporativa mediante el instrumento de exigir su cumplimiento como prestación accesoria prevista en estatutos; ni constaba modificación o adaptación de los estatutos sociales para establecer reglas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales.

El Tribunal Supremo reconoce la eficacia de los pactos parasociales si bien declaró que el protocolo familiar no podía comportar mantener indefinidamente las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, impidiendo modificar el porcentaje de participación de cada socio en el capital social, generando una suerte de vinculación perpetua de los derechos de los socios, especialmente, una vez satisfecha la finalidad principal a que respondió de asegurar una ordenada sucesión en las empresas familiares tras el fallecimiento de los fundadores. Así pues, concluyó que no hay base jurídica en esta sede casacional para declarar el

incumplimiento doloso del protocolo familiar que pretenden los recurrentes, ni para declarar la nulidad de los contratos de permutas y compraventas impugnados. (A. A. O.)

24. Enriquecimiento sin causa. Aplicación en el marco de una reclamación por la deuda remanente tras una ejecución hipotecaria.

Punto de partida.—La constitución de una garantía hipotecaria no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 CC (art. 105 LH). No habiendo convenido las partes que la responsabilidad patrimonial quede limitada a los bienes hipotecados, tal y como permite el artículo 140 LH, el acreedor puede reclamar el importe del crédito que no haya sido satisfecho con la ejecución de la garantía. En este contexto, podría apreciarse un enriquecimiento injusto por parte del acreedor únicamente si, tras la adjudicación del bien, hubiese obtenido una plusvalía muy relevante en un relativamente corto período de tiempo. La razón es que la obtención de semejante plusvalía permite concluir que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor de lo que resulta de la adjudicación, enriqueciéndose injustamente el acreedor si la deuda no se reduce al menos en parte.

Enriquecimiento sin causa. Aplicación en el marco de una reclamación por la deuda remanente tras una ejecución hipotecaria. Requisitos.

—Los dos requisitos exigidos para apreciar un enriquecimiento injusto son, por un lado, que el intervalo de tiempo transcurrido entre la adjudicación y la transmisión posterior sea relativamente breve; y, por otro, que el importe de la plusvalía obtenida sea «muy relevante». El factor temporal puede ser analizado utilizando como referencia el plazo de diez años al que se refiere el actual artículo 579.2.b) LEC. Por su parte, la entidad de la plusvalía no puede ponderarse limitándose a una mera comparación entre el valor de adjudicación y el precio de la venta posterior. Las circunstancias del caso concreto deben ser tenidas en cuenta, lo que incluye, por ejemplo, no desconocer la evolución de los precios de la vivienda en el período considerado. Así, si se produjo una revalorización del precio de la vivienda en general, para poder hablar de enriquecimiento injusto es necesario que la plusvalía obtenida por el acreedor ejecutante sea muy relevante en relación con esa revalorización. (STS de 5 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Tras el incumplimiento de la obligación de reembolso derivada de un contrato de préstamo garantizado con una hipoteca, el banco acreedor ejecutó la garantía. El procedimiento de ejecución hipotecaria concluyó con una subasta que quedó desierta, siendo la finca adjudicada al acreedor por un importe de 30.000 euros, por auto de 24 de abril de 2003. Casi un año después, el nuevo propietario vendió el inmueble a un tercero por un precio de 36.000 euros. En enero de 2009, el ejecutante solicitó que continuase la ejecución, en reclamación de la parte de la deuda que no había sido cubierta en el procedimiento de ejecución hipotecaria; acordándose despachar ejecución frente a los codeudores por auto de 20 de febrero de 2009.

Uno de los deudores presentó una demanda contra el acreedor ejecutante el 8 de octubre de 2015, solicitando su condena al pago

de una determinada cantidad o, alternativamente, a que procediese a la cancelación de la deuda derivada de la ejecución retomada en 2009, teniéndose por completamente cancelada y pagada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declarando el enriquecimiento injusto del acreedor ejecutante y acordando la reducción de la deuda reclamada por este último en el proceso de ejecución reiniciado en 2009. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia por el demandante, y estima la impugnación formulada por el demandado, revocando parcialmente la resolución objeto de recurso. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante-ejecutado.

NOTA.—Téngase en cuenta la existencia de numerosos cambios legislativos, introducidos en los últimos años en la normativa sobre ejecución hipotecaria, que no son aplicables en el litigio resuelto por la sentencia extractada. Lo cual no impide que el Tribunal Supremo se sirva del marco normativo vigente para perfilar su jurisprudencia sobre el enriquecimiento injusto en contextos como el que nos ocupa. (R. P. C.)

25. Incendio forestal: Responsabilidad extracontractual.—1. Preámbulo. Esta Resolución de la Sala Primera alberga un proceso extraordinariamente complejo, por causa del gran número de perjudicados y elevada cuantía inicial de las reclamaciones, que la Sala ha intentado y logrado clarificar; lo que, a su vez, repercute en la duración del proceso mismo, afectando también a su aspecto procesal al promulgarse entretanto la LEC 2000. Hay un previo proceso penal absolutorio. Al juicio civil seguido con carácter previo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona se acumulan gran número de otros procesos ordinarios, interpuestas por los grupos de demandantes que también se consideran perjudicados. De todos ellos interesa destacar el juicio ordinario núm. 683/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona por importe de 4.491.804,07 €. De estas cantidades, corresponden a la pretensión de D. Remigio la suma de 3.055.216,10 €, y de 527.693,02 € a la de Escardivol SATLim. 396 CAT, ambos recurrentes en casación y recurso extraordinario por infracción procesal.

2. Actuación de la parte demandada. Contestó a las demandas oponiéndose, alegando prescripción de parte de las demandas y negando su responsabilidad del siniestro por no encontrarse el origen del mismo en la línea eléctrica de su propiedad, y subsidiariamente impugnando las cantidades reclamadas en concepto de cuantificación de los daños.

Respecto de la demanda interpuesta por el Sr. Remigio alegaba que estos demandantes debían acreditar que sus fincas fueron efectivamente afectadas por el incendio de DIRECCION046 y no por cualquiera de los otros dos incendios que también se produjeron.

Subsidiariamente alegó pluspetición, remitiéndose a la pericial que proponía.

3. Sentencia de primera instancia, de fecha 4 de septiembre de 2012. Estimó parcialmente todas las acciones ejercitadas por determinados grupos de demandantes en algunos de los procesos acumulados, y desestimó algunas de las acciones ejercitadas por el resto de los grupos de demandantes, en los términos que detalla con precisión el extenso fallo.

Desestimó la prescripción que alegaba la demandada.

Fundamentó la estimación de las pretensiones que resultaron estimadas en que consideró acreditados los elementos exigidos por el artículo 1902 CC. Considera acreditado que la demandada no había adoptado todas las precauciones necesarias para evitar un siniestro como el que se produjo, y dedica la mayor parte de sus fundamentos de Derecho al examen detallado de cada una de las pretensiones de reparación de los daños y perjuicios.

Recurso de apelación.

4. Los ahora recurrentes en casación y recurso extraordinario por infracción procesal formularon respectivos recursos de apelación, así como lo hicieron otros demandantes que no han interpuesto recurso ante esta Sala Primera.

Sentencia de segunda instancia de 25 de noviembre de 2015.

Sentido del fallo y fundamentación.

Estima en parte el recurso de apelación formulado por Endesa y los formulados por algunos de los demandantes.

Desestima los recursos formulados por otros demandantes, entre ellos el interpuesto por los ahora recurrentes en casación y extraordinario por infracción procesal.

La sentencia diferencia entre los incendios que denomina como de DIRECCION046 y de DIRECCION050, y concluye que este último no puede considerarse derivado del anterior. Determina que está suficientemente acreditada la responsabilidad del demandado por causa de una deficiente disposición de los elementos de protección de la línea eléctrica. Más precisamente, considera que el concreto fenómeno causante del inicio del fuego consistió en un sobrecalentamiento de la línea con sobrecarga inferior al punto de fusión de los cables debido a la deficiente instalación de los fusibles.

Examina a continuación los recursos de los demandantes para determinar la corrección de las indemnizaciones que les fueron concedidas y su actualización.

Respecto de los recurrentes en casación y extraordinario por infracción procesal. Sr. Remigio y Escardivol SAT, el FD 25.º de la sentencia examina su alegación de incongruencia, y frente a la alegación de que la demandada nunca negó la existencia de bienes (y se opuso sólo a su valoración) considera que la demandada se opuso a todos los conceptos por los que se reclamaba indemnización, señalando la falta de acreditación documental de los mismos, si bien los peritos llamados por dicha demandada emitieron una valoración sobre los bienes que indicaban los dictámenes periciales, porque no tenían conocimiento directo de cuáles pudieran ser tales bienes.

La representación de Endesa interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación en los términos que se expondrán. También interpuso recurso extraordinario y de casación la representación procesal de D. Remigio y Escardivol SAT Ltda. 396 Cat. La Sala, por Auto de 31 de octubre de 2018, acordó admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por sendas partes recurrentes. Las partes recurridas se opusieron si bien con alegaciones sobre óbices de admisibilidad. Siendo común la causa de pedir en todas las demandas, no puede dividirse su continencia por motivos de cuantía.

Recurso extraordinario de Endesa por infracción procesal. La recurrente mezcla en el desarrollo del motivo argumentos que hacen referencia a la carga de la prueba y otros referidos a la valoración de la prueba, si bien olvida que el motivo se formula al amparo del artículo 469. 1.2 LEC, y si quería

atacar el *factum* de la sentencia recurrida debía interponerlo al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, concretado en la vulneración del principio de tutela efectiva del artículo 24 CE (SSTS de 4 marzo de 2011, 25 de abril y 28 de junio de 2012, 30 de abril de 2013 y 8 de abril de 2016). En consecuencia el recurso se reduce a la carga de la prueba. En el presente caso se ha de indagar si la s. recurrida tiene por acreditada la causa y el origen del incendio o no. Sólo en el último supuesto serían de aplicación las reglas sobre la carga de la prueba.

La sentencia recurrida, en un encomiable esfuerzo de motivación, predicable también de la sentencia de primera instancia, dedica el fundamento de derecho tercero acerca del origen del fuego de DIRECCION046, y en el frontispicio del fundamento ya afirma la responsabilidad exclusiva de Endesa «en el origen del incendio». Afirma que: «En efecto, cabe tener por suficientemente acreditado el nexo causal directo entre ese incendio y el incorrecto funcionamiento de la línea eléctrica que alimenta la pedanía de DIRECCION046, pudiendo añadirse a modo de probabilidad más cualificada, que el concreto fenómeno causante del inicio del fuego consistió en un sobrecalentamiento de la línea con sobrecarga inferior al punto de fusión de los cables debido a la deficiente instalación de los fusibles. Cuanto precede implica el descarte de otra de las hipótesis también manejadas en el proceso (contactos entre los cables situados entre los postes 5 y 6 que alimentan la pedanía de DIRECCION046 debido a un excesivo destensado), pues la inspección de ese tramo llevada a cabo el día 22 de julio revela la ausencia de signos de contacto entre conductores en ese lugar, por bien que sí los hubo entre los conductores situados entre Can Planas y Can Vima». Como la sentencia recurrida, se comparta o no, tiene por acreditada la causa y el origen del incendio tras valorar la prueba practicada, sin obviar argumentos, en uno y otro sentido, con tutela judicial muy efectiva, es por lo que el motivo se desestima, y además adolece de déficit de técnica casacional por aparentar su formulación la de un escrito de alegaciones.

El 2.º motivo se interpone al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por infracción del artículo 386 LEC, consistente en la interpretación ilógica que, a su juicio, hace la s. respecto de los indicios en que funda su decisión, pues, partiendo de un hecho no admitido ni probado, deduce un hecho presunto, respecto del que no establece un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Más adelante concreta, e intenta, una revisión de la prueba en el sentido de que ambos tribunales de instancia han reiterado que no se ha acreditado la caída de chispas, pues no se ha acreditado el contacto entre los cables de la red de distribución de la energía eléctrica.

Pero lo que mantiene la sentencia es todo lo contrario, pues en su extensa y profunda valoración de la prueba, concede credibilidad al menor Augusto, de 14 años de edad, por ser un testigo privilegiado de los hechos, que sostuvo desde el primer momento haber observado casualmente desde su domicilio en DIRECCION046 «chispazos» –como de soldadura– provenientes de los conductores situados en las inmediaciones de su residencia (DIRECCION047), recalcando además que esos chispazos se iniciaron a unos 7 u 8 metros de las palometas de sujeción y que corrían en dirección al campo de labor donde se inició el fuego situado a unos 200 metros de distancia.

A juicio del Tribunal de apelación sus aseveraciones no han sido contradichas por el resto de pruebas practicadas. El Tribunal analiza en profundidad las testificales, y da como probado que «caían gotas de plástico ardiendo», que caían sobre el campo «trozos de plástico con fuego dentro».

El Tribunal, con celo en la valoración de la prueba, reseña los testigos que no vieron tales caídas y ofrece una explicación de ello. Por tanto, el hecho base que la recurrente afirma que la s. recurrida, no tiene como acreditado, vemos que sí lo tiene. A partir de la 2.^a razón el Tribunal motiva a qué pudieron deberse las caídas, y ahí obra con argumentos lógicos y no arbitrarios de inferencia. El motivo ha de desestimarse.

Por tanto, la sentencia recurrida tiene como probada la existencia de chispazos y caídas de trozos de plástico incandescentes y, a continuación, sí analiza y opta por la explicación más plausible a tales hechos. No lo hace alegremente y de forma arbitraria, sino con fundamento en las pruebas practicadas, entre las que tienen peso los informes técnicos.

Conforme a la doctrina de la Sala lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre diversos resultados posibles. Tal doctrina se recoge en sentencias más cercanas: de 25 de marzo de 2013 y 28 de abril de 2014, entre otras. La prueba indirecta, siguiendo la doctrina de la Sala (sentencia de 27 mayo de 2008) no requiere la existencia de un resultado único, sino que es posible admitir diversos resultados lógicos de unos mismos hechos base, pues de no ser así no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia*.

Así ha obrado el Tribunal de apelación, con rigor y minuciosidad, optando por una hipótesis y descartando otras, como anuncia y luego motiva en el inicio del FD 3.º Acude a la teoría de la probabilidad estadística o probabilidad cualificada, teoría estrechamente relacionada con la causalidad, citada por sentencia de 30 noviembre de 2001, que afirma que si bien «la determinación del hecho causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un régimen de probabilidad cualificada».

Por tanto, el motivo ha de desestimarse.

Motivo 3.º Se interpone al amparo del artículo 469.1, 2.º LEC de 2000 por infracción de las reglas sobre la carga de la prueba alegando que, a tenor del artículo 217.2 LEC incumbe al demandante respecto de los hechos en los que basa la viabilidad de la acción, incurriendo la sentencia recurrida por basar su decisión, no en hechos y circunstancias que hayan quedado debidamente probadas, sino acudiendo a la teoría de la probabilidad más cualificada. La sentencia otorga más valor probatorio a la prueba de testigos que a la de peritos sin justificar en absoluto esa arbitraria decisión.

Para la desestimación del motivo, la Sala se remite al primer motivo respecto a la confusión entre la carga de la prueba y la valoración errónea de la practicada, insistiendo la parte recurrente en esto último por cauce inadecuado, así como al segundo motivo, en el que se recoge cómo la doctrina de la Sala sigue en cuanto a la relación de causalidad, la teoría de la probabilidad cualificada.

El motivo 4.º se articula al amparo del artículo 469.1, 2.º LEC por infracción de las normas reguladoras de la s. y, en concreto, de las reglas sobre la aclaración, subsanación y complemento de las resoluciones judiciales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 214.1 LEC. Se denuncia que la infracción ha sido cometida mediante el Auto de aclaración de fecha 21 de enero de 2016, ya que contiene pronunciamientos distintos y adicionales a los pedidos por la parte, concediéndole la oportunidad procesal de reclamar posteriormente a la recurrente responsabilidades derivadas de estos mismos hechos, por lo que, amén de infringir el artículo 400 LEC, choca frontalmente también con el

artículo 216, en relación con los artículos 214 y 215 LEC, generándole indefensión por el ulterior momento procesal en que se ha producido.

Doctrina jurisprudencial sobre aclaración de la sentencia de apelación.—La solicitud de aclaración de la s. de apelación la instó la representación procesal de los demandantes don León, don Rodolfo, don Primitivo y don Pelayo, DIRECCION000 C. B. y don Jesús Miguel.

En los FJ 15.º y 17.º, relativos a los recursos del Sr. Jesús Miguel y de los Sres. Pelayo y Rodolfo Primitivo, respectivamente, se señala lo siguiente:

15.º Rechazado el dictamen complementario, es imposible que se precise qué parte estaba en cada una de las dos zonas y qué valor pueda atribuirse a la comprendida en la parte afectada por el incendio de DIRECCION046 o DIRECCION048. En el recurso se indica que en caso de dudas bien fácil habría sido para la Juez hacer tal cosa. Eso no era viable ni puede ser acordado ahora por la Sala porque claramente no lo permite el artículo 279 LEC. La posibilidad de dejar el tema para un proceso declarativo posterior no ha sido planteada.

17.º No resulta posible estimar el recurso, pese a que todo indica que una parte de la finca de los Sres. Rodolfo, Primitivo y Pelayo fue afectada por el incendio alcanzado por el incendio iniciado en DIRECCION046 No tenemos modo de fijar una cantidad para los daños sufridos en esa parte de la finca, la ley no permite que se difiera el tema a la ejecución y no se ha pedido que se deje para un pleito posterior.

16.º Argumentación parecida se sigue respecto del recurso interpuesto por don León en el fundamento aquí mencionado, con la agravante de que la situación de los números a que extendió el perito durante su declaración en el acto del juicio es claramente en el interior de la zona verde. El dictamen pericial no lleva plano y, aunque indique las parcelas catastrales que comprende la finca o fincas, ello no permite diferenciar qué parte fue afectada por cada uno de los incendios.

De la lectura de los expresados fundamentos de derecho, se desprende que se reconoce la certeza de que una parte de las fincas de mis representados fueron afectadas por el incendio de DIRECCION046, en estos términos: Es imposible que se precise qué parte estaba cada una de las dos zonas y qué valor puede atribuirse a la comprendida afectada por el incendio de DIRECCION046 o DIRECCION048; ello no permite diferenciar qué parte fue alcanzada por cada uno de los incendios; pese a que todo indica que una parte de la finca de los Sres. Rodolfo, Primitivo y Pelayo, fue afectada por el incendio iniciado en DIRECCION046.

Sin embargo, la sentencia desestima los recursos interpuestos por mis mandantes, argumentando la imposibilidad de que en el momento de dictar s. se pudiera precisar qué parte de las fincas propiedad de los recurrentes estaba o no incluida en la zona afectada por el incendio de DIRECCION046 y, con ello estimar la condena al pago de la indemnización por daños y perjuicios. En los dos fundamentos 15.º y 17.º se utiliza la expresión «dejar para un *pleito* posterior», y para hacer comprensible la misma, resulta preciso saber si con ello la Sala quiere decir que habría sido estimado el recurso, en el caso de limitarse a una declaración del derecho de los recurrentes a ser indemnizados por la afectación parcial de sus fincas por el referido incendio, dejando la declaración del montante de la indemnización para un proceso declarativo ulterior, o cuál puede ser el significado y sentido de tal expresión, y ello habida cuenta de la aparente imposibilidad de reserva de reclamación en otro proceso declarativo, a la vista de las reglas de la cosa juzgada de las senten-

cias civiles firmes ex artículo 222 LEC, que inviabilizaría el ejercicio de la misma pretensión deducida en un proceso judicial previo.

Pretende que se aclare si se está dejando abierta la posibilidad de reclamar judicialmente el montante de la indemnización correspondiente, en forma de reserva de la acción, al haber quedado acreditada la afectación parcial de las fincas de los demandantes por el incendio de DIRECCION046.

El Tribunal de apelación dictó el Auto, cuya infracción se denuncia, de fecha 21 de enero de 2016. Acogió la petición habida cuenta la utilidad de la subsanación solicitada a fin de que pueda llevarse plenamente a efecto esa resolución de fondo, máxime cuando en sus FJ 15.º, 16.º y 17.º se argumentó acerca de la improcedencia de una determinada solución legal, pese a que no había sido formalmente planteada, en cambio, se omitió todo pronunciamiento sobre otra posible alternativa legal (deferir la determinación de esos perjuicios para otro pleito) por el simple hecho de no haber sido introducida en la *litis*.

Según afirma el Auto de 16 de septiembre de 2014 «en el marco previsto en el artículo 267 LOPJ, los artículos 214 y 215, prevén también la invariabilidad de las resoluciones judiciales después de firmadas sin perjuicio de la posibilidad de que puedan ser objeto de aclaración respecto de algún concepto oscuro, y de rectificación de cualquier error material y aritmético, además de la posibilidad de la subsanación y complemento en los términos previstos en el artículo 215 LEC (ATS de 17 de febrero 3 y 7 de abril de 2014, entre los más recientes). En concreto, después de proclamar el artículo 214,1 que los Tribunales no podrán variar sus resoluciones una vez firmadas, los apartados 2 y 3 del mismo precepto permiten tanto aclarar algún concepto oscuro, como corregir o rectificar cualquier error material de que adolezcan, ya sea de oficio o a instancia de parte, siempre en los plazos previstos, salvo los meros errores materiales manifiestos o aritméticos, que pueden ser rectificadas en cualquier momento. Y por su parte, el artículo 215 LEC dispone, en síntesis, que, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento anterior, también es posible subsanar y completar las omisiones o defectos de que pudieran adolecer sentencias y autos, que fuera necesario remediar para llevarlas plenamente a efecto».

«En interpretación de dichos preceptos y del principio de invariabilidad de las sentencias, que la jurisprudencia constitucional declara que se integra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, se viene declarando constantemente que no es posible sobrepasar el objeto específico de estas excepcionales vías de aclaración, rectificación o complemento, siendo improcedente todo intento de combatir por estos cauces los razonamientos de una resolución firme, con los que se discrepa (ATS de 11 de febrero de 2013 y 22 de abril de 2014)».

El artículo 215 LEC permite la subsanación de defectos de incongruencia por omisión, y su aplicación está limitada a las funciones específicas reparadoras para las que ha sido establecido, ya que, solo desde esta estricta perspectiva, esta vía resulta plenamente compatible con el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (entre otras STC de 22 mayo de 2006).

En consecuencia, estas instituciones procesales no pueden ser utilizadas para fines ajenos a los expresamente previstos en la Ley, ni para replantear la cuestión controvertida al margen de los cauces específicos que otorga el procedimiento (por todos, y entre los más recientes ATS de 10 diciembre de 2013).

Las SSTC de 18 de diciembre de 2006 y 23 de julio de 2007, establecieron que únicamente son susceptibles de aclaración aquellos extremos que no impliquen un juicio valorativo o exijan operaciones de calificación jurídica o

nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni que supongan la resolución de cuestiones discutibles y opinables.

Lo que no cabe es que, al socaire de la intangibilidad de las sentencias firmes, prevista precisamente para la efectividad del derecho a la tutela judicial, se pretenda que forme parte del contenido de éste beneficiarse de oscurecimientos, omisiones o errores materiales de aquéllas que con toda certeza puedan deducirse del propio texto de las sentencias.

Precisamente por ello el motivo no puede estimarse.

El Auto de aclaración y complemento, objeto de la infracción denunciada en el motivo, no lleva a cabo juicios valorativos, operaciones jurídicas, o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba respecto de las contenidas en la sentencia que aclara y complementa. A la vista de que, a través del litigio, se ha esclarecido que la demandada sólo ha de responder de los daños ocasionados por el incendio de DIRECCION046, y no de los ocasionados por el de DIRECCION049, así como que los demandantes tienen posesiones que se ubican en ambos términos, es lógico que deban escindir-se a efectos indemnizatorios. Para ello la sentencia desestima la petición de que se lleva a cabo en ejecución de sentencia, en aplicación del artículo 219 LEC.

El motivo 5.º se articula al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por incurrir en vicio de incongruencia con infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y en concreto del art. 2. Alega la recurrente que la resolución de la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, constituida por el Auto de 21 enero de 2016 que subsana la sentencia de 21 de noviembre de 2015 infringe el artículo 218.1 LEC 2000, incurriendo en el vicio de incongruencia.

La Sala estima que basta la cita de la sentencia de 28 de noviembre de 2013, para desestimar el presente motivo, pues la sentencia que remite a otro pleito como reserva de liquidación no es incongruente por el hecho de que en la demanda no se haya solicitado tal reserva sino la condena al pago de una cantidad líquida.

No obstante y por ser de interés el supuesto litigioso, dada la disyuntiva con la que se enfrentó el Tribunal de apelación, nos remitimos a la doctrina de la Sala contenida en la sentencia de 14 sentencia 2018.

«Si bien el art. 219 LEC. obliga a los Tribunales a fijar la cantidad objeto de condena «sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia», tal exigencia ha de ser interpretada en el sentido de que no debe acceder a una petición de parte en tal sentido. Es cierto que se insiste en ello en el artículo 219 que sin embargo, permite al Tribunal declarar simplemente la obligación de pago de una cantidad de dinero y dejar para un proceso posterior la concreta liquidación de la cantidad debida, previsión que tiene de evitar que la ejecución constituya un nuevo proceso complejo.

«Esta Sala en sentencia de 16 enero 2011, citada con acierto por la sentencia recurrida, vino a decir lo siguiente: Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (...), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. De conformidad con el mismo, la realidad o existencia del daño (salvo *in re ipsa*), las bases y la cuantía debían acreditarse necesariamente en el proceso declarati-

vo, si bien podía suceder que las bases o la cuantificación no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia. Esto nunca era aplicable a la realidad o existencia del daño, pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarrearba la desestimación de la pretensión correspondiente. Sucedió en la práctica que el temor a no obtener un pronunciamiento favorable en sede de costas, si la sentencia no accedía a la indemnización reclamada retraía a los demandantes en la fijación de una suma indemnizatoria, y ello ocurría incluso a pesar de que en alguna medida se trató de solventar con la doctrina denominada de «estimación sustancial», y, por otra parte, por razones de desidia probatoria de las partes durante el proceso, y de comodidad de las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, se terminó por imponer la rutina de remitir la cuantificación a ejecución de sentencia.. Con tal actitud se generó un incremento litigioso al insertarse en el proceso de ejecución un incidente (nuevo proceso) declarativo sobre el daño con el consiguiente aumento del coste –tiempo y gastos– y derroche de energías sociales. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso, no ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales –contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial–, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior (*sic*)... o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución... pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitirla otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una simplificación y, posiblemente un menor costo –economía procesal–.

Causalidad y reglas de imputación de responsabilidad en el contexto de un incendio forestal.—El recurso se articula por el cauce del artículo 477.2.2.º LEC. por aplicación incorrecta de la doctrina de la Sala sobre las reglas de imputación objetiva de responsabilidad en el contexto de un incendio forestal. Alega que la sentencia aplica erróneamente la doctrina de la Sala respecto al criterio de la responsabilidad objetiva, por aplicar el criterio puro que le lleva a atribuir responsabilidad a Endesa por medio de la aplicación de la teoría de la responsabilidad del agente en cuya «esfera de control» se origina el evento dañoso. La doctrina de esta Sala no elimina absolutamente el elemento de culpa de responsabilidad civil extracontractual (art. 1901 CC) sino que lo

matiza o modula, pero siempre manteniendo la exigencia de cierto reproche culpabilístico ya sea por acción u omisión. La SAP de Barcelona recurrida no es más que la errónea aplicación de una teoría de la objetivación de la responsabilidad civil que no encaja con la doctrina del Tribunal Supremo.

En el presente recurso de casación se reitera lo sostenido en el recurso por infracción procesal cuando afirma que «cabe tener por suficientemente acreditado el nexo causal directo entre ese incendio y el incorrecto funcionamiento de la línea eléctrica que alimenta la pedanía de DIRECCION046, pudiendo añadirse, a modo de probabilidad cualificada, que el concreto causante del inicio del fuego consistió en un sobrecalentamiento de la línea con sobrecarga inferior al punto de fusión de los cables debido a la deficiente instalación de los fusibles. De esa razón de decidir, no existiendo duda sobre la realidad del daño, se colige que la sentencia recurrida tiene por acreditada la relación de causalidad entre el anómalo funcionamiento de la línea eléctrica de la recurrente y el incendio, así como la culpa de ésta en ese mal funcionamiento, esto es, la imputación, la basa en un reproche culpabilístico y no en una responsabilidad objetiva.

Entiende la Sala que a partir de la existencia del daño la determinación del nexo causal entre este y el sujeto al que se le reclama es requisito ineludible para la imputación de la responsabilidad, ya sea a título subjetivo u objetivo (sentencia 15 de noviembre de 2006). Por tanto, la causalidad, al igual que sucede con el daño, constituye elemento imprescindible de la responsabilidad civil; de forma que sin su existencia o ausencia de prueba queda excluida todo tipo de responsabilidad civil. Será necesario resolver primero la causalidad material o física. Se dice que existe causalidad material o física cuando se llega a la conclusión lógica de que de no haber mediado el hecho ilícito del demandado el daño no habría tenido lugar. Esta causalidad material ha de ser empíricamente verificable, habiendo destacado a la hora de abordarla la teoría de la equivalencia de las condiciones. Para ésta sería causa toda condición que ha producido el resultado, de forma que éste no se hubiese desencadenado si la condición no se hubiese dado. La teoría de la equivalencia de las condiciones es suficiente para relevar la existencia de la primera secuencia causal, para determinar la causalidad material o física (STS de 17 de mayo de 2007).

Esta secuencia causal aparece acreditada en autos. La sentencia recurrida tiene por probada la causa y el origen del incendio, y la residencia en el tendido eléctrico de la recurrente. Tiene por probada la existencia de chispazos en éste, así como que caían del mismo gotas de plástico ardiendo, trozos de plástico con fuego dentro, y, a continuación, opta por la explicación más plausible a tales hechos origen del incendio. Finalmente acude a la teoría de la probabilidad estadística o probabilidad cualificada para la determinación del nexo causal.

No obstante, la teoría de la equivalencia de las condiciones sufrió críticas por contradecir la sensibilidad jurídica. Por ello se predica como ineludible discriminar o seleccionar de entre las múltiples causas. Cuando se lleva a cabo tal valoración se traspasa el campo de la causalidad física al de la jurídica, al fin de delimitar qué daños producidos en el curso causal han de ser puestos a cargo del agente. Para conseguir esa delimitación se ha acudido a la teoría de la causalidad adecuada y a la imputación objetiva.

En el caso enjuiciado el Tribunal de Apelación no aprecia ningún criterio que abone la ausencia de imputación objetiva, pues parte de que la conducta de la recurrente, como responsable del tendido eléctrico y de su

mantenimiento, es la causa directa y eficiente del incendio causante del daño. La causalidad jurídica sirve para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o remota que pudiera derivarse de su conducta. Pero no es el caso, pues aun contemplando este a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada, no se excluye la imputabilidad (STS de 17 de mayo de 2017), porque habida cuenta de las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la instancia, no cabía descartar como extraordinariamente improbables (*ex ante* y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido, esto es, el incendio. Que sea devastador como es el caso, o más limitado, no es lo sustancial, pues no constan concausas imputables a terceros.

Doctrina jurisprudencial sobre causalidad material y jurídica.—La culpa se residencia en la idea de negligencia, pero no una negligencia cualquiera, pues se atenderá a las circunstancias del sector del tráfico o de la vida social en que la conducta del agente se proyecta. En materia de suministro de energía ha existido una fase más partidaria de establecer la responsabilidad por riesgo de la empresa eléctrica que organiza el tendido o la línea, con caracteres que venían a determinar una objetivación de responsabilidad (SSTS de 15 de diciembre de 1996 y 2 de abril de 1998, entre otras), a la que ha seguido otra en que, sin negar la existencia de riesgo, no lo considera tan extremo como para justificar la objetivación de la responsabilidad. A tales efectos las sentencias que cita la recurrente se compadecerían con tal afirmación.

Lo anterior no lo contradice que, en la razón 10.^a del FD 3.^o se acuda al expediente de la disponibilidad probatoria, como argumento de refuerzo. La teoría de la proximidad o facilidad probatoria (también conocida como «teoría de las cargas probatorias dinámicas»), por virtud de la cual la carga de la prueba pesa sobre la parte que esté en mejores condiciones procesales de aportarla, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la vigente LEC 2000, en cuyo artículo 217.7, relativo a la carga de la prueba, se establece que «el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio». Por tanto, una cosa es que el perjudicado tenga la carga de probar la culpa del agente causante del daño, y otra que se acuda al paliativo de la facilidad probatoria. De ahí la afirmación de la sentencia recurrida de que esa disponibilidad probatoria correspondía a la recurrente, por ser la propietaria de la línea eléctrica y sobrevenir el incendio en su esfera de control y dirección.

El Tribunal de apelación hace el siguiente reproche: «Ocurre que dicha Compañía decidió sustituir el tendido eléctrico de DIRECCION046, en enero de 1995, apenas seis meses después del incendio, llegando incluso a levantar un acta notarial que autentificaba dicha sustitución». Pero la Compañía dice haber extraviado esos cables con posterioridad. Prosigue la sentencia: «Sea como fuere, lo cierto es que no se aporta esa acta notarial ni se hace la menor mención a que la Compañía hubiera procedido al concienzudo análisis técnico del estado de los elementos sustituidos, desperdiciando con ello Endesa la oportunidad de acreditar, por ej. una hipotética inexistencia de sobretensión o de sobrecalentamiento de los conductores. Tampoco se aporta registro alguno indicativo de las intensidades alcanzadas por la corriente eléctrica en la zona el día del incendio, ni, en fin, se introduce hipótesis alguna explicativa de los chispazos en la zona de las casas que sitúe ese fenómeno fuera del ámbito de actuación de los equipos e instala-

ciones de Endesa». Como corolario cabe citar la sentencia de 12 de abril de 2013. En ella se afirma que es una constante en la jurisprudencia de la Sala la afirmación de la responsabilidad de las compañías distribuidoras de gas o electricidad por los daños debidos a fallos en el control de seguridad que les incumbe. Un supuesto similar al presente aunque la Sala entienda las graves consecuencias del que se enjuicia, fue el resuelto por sentencia de 2 de abril de 1996.

Por todo lo expuesto no puede ser estimado el recurso de casación.

Recurso por infracción procesal interpuesto por Remigio y Escardivol: Valoración de la prueba: Incongruencia.—Se articula al amparo del número 4.º del artículo 469. 1 LEC. fundado en la infracción del artículo 24 CE, en relación con el artículo 218,1 y 2 LEC, al haberse pronunciado la sentencia sobre cuestiones que no fueron fijadas como hechos controvertidos del procedimiento, habiéndose con ello causado indefensión al recurrente. Como primer motivo se alega infracción procesal de los indicados preceptos procesales en relación con la vulneración del artículo 24 CE. La sentencia impugnada dictada por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, incurre en clara y evidente incongruencia por cuanto se pronuncia sobre la existencia de la actividad agropecuaria desarrollada por los recurrentes en la zona dañada por el incendio de DIRECCION046 de fecha 6 de julio de 1994, cuando se trata de una cuestión que no se consideró como controvertida para proceder a cuantificar los daños y perjuicios ocasionados a los recurrentes en dichas explotaciones agropecuarias. No fue un hecho alegado por la demandada, ni en su contestación a la demanda ni en el acto de la audiencia previa, por lo que no se fijó como cuestión controvertida, ni siquiera fue tampoco mencionada en el juicio, y, en consecuencia, no debe la sentencia de apelación hacer ningún pronunciamiento al respecto.

Este recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser desestimado por las razones siguientes: 1.º) Como recoge la sentencia de 5 de mayo de 2016 «desde un punto de vista formal, porque la incongruencia, en cuanto infracción de una de las normas reguladoras de la sentencia que no cabe confundir con la falta de motivación, debe ser denunciada, no solo con la cita de un específico precepto (el art. 218.1 LEC) sino también por el cauce del artículo 469.1-2.º LEC (entre otras SSTs de 26 de octubre de 2011, 26 de marzo y 4 de octubre de 2012, 14 de octubre de 2014, y 15 de septiembre de 2015. En consecuencia, pese a fundarse correctamente el motivo en la infracción del artículo 218.1 LEC. la invocación de un cauce procesal erróneo (ordinal 4.º en lugar del 2.º) constituye causa de inadmisión apreciable ahora como desestimación». 2.º) Además, y de acuerdo con lo alegado por la parte recurrida, el motivo carece manifiestamente de fundamento (causa de inadmisión prevista en el artículo 473, 2-2.º LEC, que también cabe apreciar ahora como desestimación) habida cuenta de que la parte recurrente hace supuesto de la cuestión, pues la sentencia recurrida, tras analizar los escritos rectores del procedimiento y el contenido de la audiencia previa, alcanza la conclusión, respecto a los hechos controvertidos, de que «al impugnarse los daños y perjuicios y, en particular, su cuantificación, no se aceptaba que hubiesen afectados todos los elementos patrimoniales que los demandantes decían que se había visto afectados».

El motivo 2.º se articula al amparo del núm. 4.º del artículo 469.1 LEC. por vulneración de la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24 CE, por infracción del artículo 348 LEC. por haber realizado la sentencia una interpretación indebida, ilógica y arbitraria de los informes periciales emiti-

dos por el perito Sr. Miguel, y las valoraciones en los mismos contenidas, habiéndose con ello causado indefensión a esta parte. Cuestiona si basta la afirmación de un perito cuando podían haberse aportado otras pruebas adicionales, de considerable eficacia probatoria, y cuando se trata de de indemnizaciones de cientos de miles de euros.

En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia en la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal no cabe una tercera instancia, y para que el error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal con fundamento en el artículo 469,1.4.º LEC. debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. En relación con lo cual, el TC ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los supuestos fácticos del supuesto litigioso.

A su vez, en las sentencias de esta Sala de 28 de junio de 2012, 30 de abril de 2013 y 17 de febrero de 2015, entre otras muchas, tras reiterar la excepcionalidad de un control por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos es necesario que concurren, siendo necesario, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, material o de hecho, es decir las bases que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales. Respondiendo a respuestas singulares viene declarando la jurisprudencia en síntesis: (i) que no es posible atacar la valoración conjunta de la prueba, o lo que es igual, que la parte no puede pretender una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia a quien corresponde esta función soberana; y (ii) que tampoco puede atacar esa valoración conjunta mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional.

A partir de las anteriores consideraciones procedería la inadmisión del motivo por pretender la recurrente fundar el error en la valoración de la prueba teniendo en cuenta no sólo la pericial sino todas las pruebas obrantes en autos, esto es, por atacar la valoración conjunta de la prueba practicada, persistiendo que tal valoración la hiciese el perito y no el tribunal.

Prueba pericial extrajudicial en la nueva LEC.—La nueva LEC otorga naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, por lo que, como recordaba la STS de 15 de diciembre de 2015, su valoración es competencia de los Tribunales, sin que sea lícito tratar de imponerla a los juzgadores. Según la STS de 30 de noviembre 2010, resulta, por lado, de difícil impugnación la valoración de dicha prueba, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso «valorar» el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, y, de otro lado, porque el artículo 348 LEC. no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los

restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar sólo cuando el resultado judicial aparezca ilógico o disparatado.

Si se aplica la anterior doctrina al caso presente, se aprecia que el Tribunal razona, de forma lógica y no arbitraria, porque el informe pericial no puede ser una prueba reina sobre la preexistencia de las explotaciones agropecuarias. En la sentencia recurrida se comparten las apreciaciones de la Juez de Primera Instancia porque la simple aportación de dos informes periciales extrajudiciales es insuficiente a estos efectos. Podría ser bastante si no hubiera habido ninguna otra posibilidad de aportar otros medios de prueba. Pero aparte de documentos comerciales podrían haberse aportado otras pruebas. Se trató de unos hechos gravísimos, que ocasionaron unos daños enormes y que generaron una profusa información gráfica. La prensa publicó una enorme cantidad de imágenes como se ha acreditado en las actuaciones. Sin embargo, los perjudicados no han aportado una sola imagen del estado en que quedaron sus explotaciones tras ser afectadas por el fuego, cuando podían representarse ya en aquellos momentos iniciales que quizá fuese preciso acreditar la realidad y alcance de los daños; no se ha acreditado tampoco la solicitud de ayudas a la Administración ni la resolución que al respecto se adoptase, lo cual habría sido de esperar en caso de haber existido los enormes daños que se afirma existieron. Se dice que se pidieron las ayudas, pero ello no se acreditó, mientras que la declaración de D. Secundino, funcionario encargado del servicio que tramitó las ayudas de la Administración, según quien cuando se pedían éstas hacían comprobaciones de los daños existentes. Tampoco se aportaron facturas de los trabajos realizados en la explotación de la sociedad Escardivol, ubicada en Viver y Serrateix, cuando según la declaración del perito en el acto del juicio se había reconstruido más de la mitad de dicha explotación.

Es evidente que no es preciso acreditar la reparación de las cosas dañadas cuando se reclama por los daños producidos. La cuestión no es ésa, sino si basta la afirmación de un perito extrajudicial cuando podían haberse aportado otras pruebas adicionales, de considerable eficacia probatoria, y cuando se trata de indemnizaciones de cientos de miles de euros.

Requisitos generales del recurso de casación.—El recurso de casación contiene dos motivos: (i) Por infracción del artículo 1902 CC, en relación con el artículo 218 LEC por indebida aplicación al conceder la sentencia recurrida al Sr. Remigio y a Escardivol S. A. T. una indemnización inferior por los daños y perjuicios efectivamente producidos como consecuencia del incendio de DIRECCION046 en fecha 4 de julio de 1994; (ii) Infracción del artículo 1902, en relación con el artículo 348 LEC, por indebida aplicación al conceder al Sr. Remigio SAT y a Escardivol SAT una indemnización inferior a la valorada correcta y objetivamente por el perito D. Miguel por los daños y perjuicios efectivamente padecidos por los recurrentes en sus explotaciones agropecuarias, como consecuencia directa del incendio de DIRECCION046 en fecha 4 de julio de 1994.

Según el Acuerdo de la Sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal, en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, que sustancialmente sigue el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, en lo ahora relevante, el recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC). Por ende, entre los requisitos generales del recurso de casación se encuentra que los motivos deben respe-

tar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida. Ello implica: (i) Que no puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) Que no puede fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

En consecuencia, procede la inadmisión del recurso de casación, que equivale a su desestimación, en atención a que, en realidad se fundamenta en cuestiones de naturaleza procesal (incongruencia y valoración de la prueba pericial) con la pretensión de modificar la fase fáctica de la sentencia.

Esta Sala ha decidido: 1.º) Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia dictada, con fecha de 25 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16.ª) en el rollo de apelación, dimanante de los autos de juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona por Endesa, distribución Eléctrica SLU; 2.º) Imponer las costas a Endesa de los recursos interpuestos por ella; 3.º) Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de 25 de noviembre de 2015, dictada por la AP de Barcelona (sección 16.ª) en el rollo de apelación dimanante de los autos de juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona, por D. Remigio y Escardivol SAT; 4.º) Imponer las costas a D. Remigio y Escardivol de los recursos interpuestos por esta parte; 5.º) Confirmar la sentencia recurrida cuya firmeza se declara. **(STS de 5 de abril de 2019; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Debo reconocer que se trata aquí de una de las sentencias del Tribunal Supremo más extensas desde que las envía el Consejo General del Poder Judicial. Ello ha sido originado, parcialmente, por la complejidad de los hechos causantes, consistentes en varios incendios, producidos sucesivamente en varias líneas conductoras de energía eléctrica de la provincia de Barcelona. Se produjeron variedad de aquéllos; causantes de daños personales y materiales que dieron origen a diversos procesos interpuestos ante otros Juzgados de Barcelona. Finalmente en el Juzgado de 1.ª instancia núm. 11 se tramitó el primero, de naturaleza penal, y luego dio origen al proceso civil ordinario al que se acumularon los interpuestos en los Juzgados núms. 41, 10, 47, 30, 49, 31, 32, 11 y 55 de la misma ciudad. La intervención de la compañía de seguros originó una notable reducción de reclamantes que vieron aceptadas, en su totalidad o buena parte, sus reclamaciones. Por ello han llegado a la Sala Primera sólo un reducido número de demandas en comparación con las iniciales, incluyendo también las cuantías de las reclamaciones. No obstante, el planteamiento de la Sala se caracteriza por su enfoque general, así como la minuciosidad del tratamiento de los recursos efectivos, elogiando con frecuencia las sentencias de instancia (refiriéndose por ejemplo a «la sentencia recurrida en su encomiable esfuerzo de motivación, predicable también de la sentencia de primera instancia»). Cabe destacar las consideraciones doctrinales sobre el Auto de aclaración de la s. de apelación, así como las precisiones jurisprudenciales sobre las diferentes formas de causalidad de los daños extrajudiciales, y la reiteración jurisprudencial sobre la prueba de los daños, estableciendo en particular la causalidad de un incendio forestal (que

se explica científica, y –cabe decir– didácticamente), así como la novedad de la LEC 2000 de la denominada prueba pericial extrajudicial. (G. G. C.)

26. Responsabilidad médico sanitaria. Aplicación del baremo del tráfico.–El denominado baremo de tráfico o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, vigente cuando se originaron los hechos que dieron lugar a esta sentencia, es aplicable a otros sectores distintos de la circulación, como el de la responsabilidad médico sanitaria (SSTS de 18 de febrero de 2015, 6 de junio de 2014 y 14 de noviembre de 2012, entre otras), siempre «con carácter orientativo no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 CC» (STS de 27 de mayo de 2015).

Indemnización de gastos futuros que traen causa de la generación del daño.–Se deben adicionar a la indemnización los gastos médicos, hospitalarios, rehabilitadores, ortopédicos, farmacéuticos y similares, que se generen en lo sucesivo, siempre que quede debidamente acreditada su existencia y su vinculación causal con las lesiones y secuelas derivadas del hecho que dio lugar al daño, dejando su reclamación para pleitos posteriores para los casos de falta de acuerdo entre las partes.

La sentencia penal no genera el efecto de cosa juzgada respecto de la responsabilidad civil, ni la inexistencia de delito implica la inexistencia de responsabilidad extracontractual. Excepciones.–La regla general es que la sentencia penal absolutoria no produce excepción de cosa juzgada en el ulterior proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer (SSTS de 11 de enero de 2012, 14 de enero y 8 de marzo de 2014, entre otras muchas) o cuando se declare probado que una persona no fue autora del hecho objeto del proceso (SSTS 28 noviembre 1992, 12 de abril y 16 de octubre de 2000). Incluso, con respecto a la no acreditación de la autoría, la STS de 8 de marzo de 2017 matiza dicho carácter vinculante, cuando la sentencia penal, admitiendo la existencia del hecho y sin excluir categóricamente la posibilidad de que una persona haya podido ser la autora del mismo, declara que no existen en el proceso las pruebas concluyentes, categóricas e inequívocas de la referida autoría, que permitan pronunciar una condena penal contra ella, por lo que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, hoy constitucionalizado por el de presunción de inocencia (art. 24 CE), ha de inclinarse por la absolución del mismo, en cuyo supuesto queda abierta, sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que ante la jurisdicción civil pueda ejercitarse la acción civil correspondiente contra la misma persona y probarse que ella fue la autora de los hechos. (STS de 6 de febrero de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.–Al nacer un niño en una clínica privada, tres pediatras lo valoraron y una de ellas le dio el alta con una ictericia grado uno, que consideró fisiológica. Las pediatras estaban contratadas para prestar servicios profesionales por la clínica. Transcurridas 48 horas desde que llegaron a su domicilio, la madre del menor observó que el niño presentaba pérdida de fuerza, de apetito y somnolen-

cia, lo que dio lugar a que llevara al niño a un pediatra. Este doctor, acordó su inmediato traslado al Hospital, donde le detectaron un nivel muy alto de bilirrubina y una enfermedad transmitida por su padre. A consecuencia de tal dolencia, el menor sufrió una lesión cerebral, que le produjo unas gravísimas secuelas, que lo convirtieron en un gran inválido.

Se siguió proceso penal por tales hechos contra la ginecóloga, que atendió al parto, y las tres pediatras, el cual finalizó con sentencia absolutoria. Posteriormente, fue demandada la entidad médica y quedó acreditado que a las médicas les constaba el hecho de que el progenitor del menor había sufrido de niño anemias hemolíticas con esplenectomía, que debió ser investigada, achacando a la entidad demandada un defecto organizativo en la llevanza de los históricos clínicos, siendo declarada responsable por el juzgado y por la audiencia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de la actora y condenó a la demandada a abonar los gastos médicos, hospitalarios, rehabilitadores, ortopédicos, farmacéuticos y similares, que se generen en lo sucesivo, siempre debidamente acreditada su existencia y su vinculación causal con las lesiones y secuelas derivadas del hecho desencadenante del daño.

NOTA.—La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, derogó el anterior sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, al establecer un nuevo *baremo* que se propuso armonizar nuestra legislación con la de los restantes países de la unión europea y establecer unas indemnizaciones más justas. (I. D.-L.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

27. Sistema de contribución a los gastos distinta a la del título constitutivo, consentimiento tácito y actos propios en comunidades de propietarios.—Que una comunidad de propietarios haya venido estableciendo un sistema de contribución a los gastos distinta a la prevista en el título constitutivo no significa que esta situación *de hecho* haya entrañado la modificación del título constitutivo, si este no se modifica legalmente. El establecimiento, por una comunidad de propietarios, de cuotas lineales en algunos casos y al margen de lo preceptivamente establecido sobre distribución de gastos según la cuota de participación en elementos comunes, no impide su impugnación por parte de los comuneros afectados. Pero dicha práctica no implica una modificación de las reglas estatutarias. Por lo tanto, ante la inexistencia de un acuerdo unánime debe prevalecer lo previsto en el artículo 9.1 e) LPH, que se remite a «la cuota de participación fijada en el título constitutivo o a lo especialmente establecido». La doctrina de los actos propios de la comunidad de propietarios no resulta eficaz aquí, pues se infringen normas imperativas, sin que pueda exigirse a los comuneros disidentes aceptar las cuotas lineales, en tanto sean más gravosas que la correspondiente. En este sentido, la Sala Pri-

mera considera que la práctica de la comunidad sobre adopción de cuotas lineales no puede vincular frente a la emisión de cuotas imprevisibles por su gran cuantía y por la naturaleza excepcional de las obras presupuestadas. (STS de 25 de febrero de 2020; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Uno de los comuneros de una comunidad de propietarios interpuso demanda frente a la comunidad por la que solicitaba la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por la junta de propietarios que iban destinados a la instalación de una fachada trasventilada. Esta fachada hacía inservible una parte del edificio para él. Asimismo, solicitaba que se declarase su derecho a no abonar la derrama o importe alguno por la obra a realizar en la fachada del inmueble, consistente en instalar una fachada trasventilada. En su contestación a la demanda, la comunidad alegó que la instalación de una fachada trasventilada constituía la única solución constructiva viable y duradera para acabar con los problemas que padece el inmueble de manera definitiva.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar acreditado pericialmente que la instalación de la fachada suponía una mejora, no una obra de reparación, no siendo precisa para solucionar los problemas que esta padecía. De esta forma, no podrían realizarse innovaciones en un elemento común que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, sin su consentimiento expreso.

La Audiencia Provincial desestimó la demanda, al considerar que la obra en la fachada no dejaría de ser una obra necesaria o requerida para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble.

El demandante interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que el Tribunal Supremo estimó. (A. I. R. A.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Crisis matrimonial: Pensión compensatoria. Fundamento: compensación del desequilibrio económico determinado de acuerdo con las circunstancias previstas en el artículo 97 CC. Fijación de su cuantía y duración temporal conforme a tales criterios legales.—La pensión compensatoria se funda en el desequilibrio económico que la ruptura puede producir a uno de los cónyuges, y su concesión y cuantificación se encuentran condicionadas a los parámetros establecidos en el artículo 97 CC. Tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante el matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno de los consortes, antes y después de la ruptura (STS de 17 de abril de 2018, con cita de las SSTS de 22 de junio de 2011 y 18 de marzo de 2014). Sin embargo, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación al ser preciso ponderar las circunstancias previstas en el artículo 97 CC (STS de 14 de febrero de 2019), las cuales operan como criterios determinantes de la

existencia del desequilibrio económico y, a la vez, como módulos de cuantificación de la pensión (STS, de Pleno, de 19 de enero de 2010, y SSTS de 4 de noviembre de 2010, 20 de febrero de 2014 y 25 de septiembre de 2019). La pérdida de las legítimas expectativas profesionales y económicas de uno de los cónyuges por su mayor dedicación a la familia justifican la fijación de una pensión compensatoria (STS de 25 de septiembre de 2019). La cuantía y la limitación temporal de la compensación exigen que no se resienta su función de restablecimiento del equilibrio, por lo que deben tomarse en consideración las específicas circunstancias del caso (particularmente las previstas en el art. 97 CC) que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio en un tiempo determinado, juicio prospectivo que debe realizarse con prudencia y criterios de certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad (STS de 15 de marzo de 2018). **(STS de 12 de febrero de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En un procedimiento de divorcio iniciado por la esposa en 2016, se plantea, en lo que aquí interesa, si procede la concesión de una pensión compensatoria indefinida por importe de 1.000 € mensuales. El matrimonio se contrajo en 2003 bajo el régimen económico de gananciales. La esposa, con 43 años a la fecha de la sentencia de divorcio, era bióloga de profesión, trabajó antes del matrimonio, durante la convivencia y seguía haciéndolo con un contrato indefinido. Durante tal convivencia, que duró 13 años, solicitó una disminución de su jornada laboral de dos horas para el cuidado de sus dos hijos que a fecha de la sentencia extractada poseen 13 y 16 años. En primera instancia se concedió la pensión solicitada con carácter indefinido al estimar el Juzgado que no existían expectativas razonables de que la esposa superara el desequilibrio económico. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del esposo y declaró no haber lugar a pensión alguna basándose en la edad, cualificación profesional y puesto de trabajo de la demandante, añadiendo que, de acuerdo con informe de la empresa para la que trabajaba, no había ampliado su jornada laboral de forma voluntaria. Concluye la Audiencia que la liquidación de la sociedad de gananciales va a compensar determinados desequilibrios y que la pensión compensatoria no es un mecanismo indemnizatorio ni equilibrador de los patrimonios de los cónyuges. La esposa interpone recurso de casación alegando infracción de la doctrina jurisprudencial que establece que la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho a la pensión ante la existencia de ingresos absolutamente dispares. El Tribunal Supremo estima el recurso fijando una pensión compensatoria de 700 € mensuales, y en atención a la edad de los hijos y la cualificación profesional de la esposa la limita a un plazo de cinco años que se considera suficiente para que supere el desequilibrio económico mejorando las expectativas laborales que vio limitadas por la dedicación a la familia.

NOTA.—De entre las circunstancias previstas en el artículo 97 CC, la Sala toma en consideración, además de la diferencia de ingresos entre los cónyuges (unos 5.000 € mensuales, lo que por sí no es suficiente como recuerda citando la STS de 14 de febrero de 2019)

la dedicación pasada, presente y futura a la familia. Argumenta el Tribunal Supremo que la esposa perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, citando la STS de 25 de septiembre de 2019 que, sin embargo, versó sobre una interrupción de la vida laboral y no sobre una reducción de dos horas de la jornada. No obstante, bien puede entenderse que la contracción de jornada para cuidar de los menores no solo supone una merma de ingresos, sino un obstáculo a la formación continua y promoción laboral de la esposa y, en consecuencia, la causa del desequilibrio económico. (*F. S. N.*)

29. Determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales cuando ha existido una orden de protección dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.—En caso de divorcio o separación judicial, la firmeza de la sentencia produce, como efecto legal, la disolución de la sociedad de gananciales. Si se impugnan los pronunciamientos sobre medidas, el pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio se declara firme (art. 774.5 LEC), lo que implica la disolución de la sociedad de gananciales y permite proceder a su liquidación (artículo 1396 CC).

Antes de la presentación de la demanda de divorcio, en la contestación a la demanda, y durante la tramitación del procedimiento, pueden solicitarse y adoptarse medidas de administración y disposición de los bienes gananciales, así como la obligatoria rendición de cuentas. Pero la ley no anuda como efecto automático del auto de medidas de administración la disolución del régimen de gananciales.

La ley tampoco anuda como efecto automático de la admisión de la demanda de divorcio la extinción del régimen económico matrimonial, ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento. Por su parte, lo que sí contempla la ley como efecto de la admisión de la demanda es la revocación de los consentimientos y poderes otorgados y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 102 CC).

El hecho de que una vez admitida a trámite la demanda de divorcio se pueda solicitar la formación de inventario supone la apertura de un trámite procedimental que tiene carácter cautelar, pues se dirige a determinar y a asegurar el caudal partible.

Respecto de eventuales efectos retroactivos, ni la sentencia (art. 1392 CCI), ni la disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial (en los casos previstos en el art. 1393 CC), producen la retroacción automática de sus efectos, sino que estos se producirán desde la fecha de la sentencia o desde la que se acuerde en la resolución judicial, respectivamente.

Pero cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico, serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro.

Esta doctrina sobre la no integración de determinados bienes en la comunidad cuando media una separación de hecho —persistiendo aún la sociedad de gananciales— no puede ser aplicada de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a

pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3.º, 1368 y 1388 CC), la lógica que subyace al rechazo de la pretensión del cónyuge que reclama, tras la separación de hecho, derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido –esto es, que reclama se integren en la comunidad ganancial determinados bienes– es tan solo la de tratar de evitar un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe, y no la consideración de la sociedad de gananciales como disuelta derivada de la separación de hecho.

Por tanto, la emisión de una orden de protección no produce como efecto automático, en tanto en cuanto dicha orden implica una separación de hecho, la disolución del régimen de gananciales. (**STS de 2 de marzo de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excm.a Sra. Dña. M.ª Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.–Julia interpone demanda de solicitud de formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales contra Juan. El Juzgado de instancia disuelve dicha sociedad de gananciales tomando como referencia la fecha en que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer emitió auto que otorga una orden de protección a la esposa, por entender que fue en ese momento cuando se produjo la separación conyugal de hecho libremente consentida.

Juan recurre la sentencia en apelación. El recurso es parcialmente estimado: la Audiencia Provincial determina que las partidas por rentas de arrendamiento –que fueron incluidas en el inventario de la sociedad de gananciales– deben ser valoradas en la siguiente fase de la liquidación, y conforme el importe efectivo percibido; mientras que mantiene el criterio de instancia respecto de la fecha en que quedó disuelta la sociedad de gananciales, esto es, la fecha en que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer emitió auto que otorga la orden de protección.

Juan interpone recurso de casación, solicitando se tenga por disuelta la sociedad de gananciales en la fecha de la sentencia de divorcio. El recurso es estimado, dado que la sentencia recurrida atribuye a la separación de hecho –que identifica en el momento en que es emitido un auto que otorga una orden de protección a la esposa– el efecto automático de disolver el régimen de gananciales, con el argumento de que ya no existe «razón de ser y fundamento de la comunidad ganancial». La sentencia recurrida prescinde, por tanto, de lo dispuesto en los artículos 95 y 1392 CC y contraviene la doctrina jurisprudencial al respecto.

Y, en este caso, dado que en la propuesta de inventario que Julia acompañó incluyó algún bien que había sido adquirido tras la orden de protección, ello implica que se deba declarar que la sociedad de gananciales se disolvió a fecha de emisión de la sentencia de divorcio. (*T. R. C.*)

30. Liquidación de la sociedad de gananciales: carácter privativo de los beneficios de sociedades de capital destinados a reservas sociales.–Las disposiciones del Código Civil sobre el régimen económico matrimonial no determinan el carácter ganancial o privativo de los beneficios de las sociedades de capital destinados a reservas. Tales reservas, acordadas por la junta general de socios, provenientes de acciones o participaciones privati-

vas, no poseen carácter ganancial al permanecer integradas en el patrimonio de la sociedad, que cuenta con una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 LSC). Es la junta general de socios la que decide el destino de los beneficios obtenidos, la constitución de reservas o el reparto de dividendos; y hasta tanto no se acuerde este reparto el socio no posee un derecho de crédito, como derecho concreto, sino un derecho abstracto a participar en los beneficios (SSTS de 30 de enero de 2002 y 11 de diciembre de 2011). Así, las reservas, aunque procedan de beneficios sociales, no se pueden identificar como frutos o rendimientos de un bien productivo y, en consecuencia, gananciales en virtud del artículo 1347.2.º CC. Tales reservas, aunque no dejan de ser una ganancia y como tal fruto, quedan integradas en el patrimonio de la mercantil para realización de su objeto social, sometidas a sus avatares, sin integrarse en el patrimonio común de los cónyuges. Además, el cónyuge socio puede enajenar las acciones o participaciones privativas sin consentimiento de su consorte (arts. 1381 y 1384 CC), y en el precio de venta se tendrá en cuenta el balance de la sociedad del que formarán parte los beneficios retenidos como reservas. Lo anterior impide dar el tratamiento de nudo propietario al cónyuge titular y de usufructuaria a la sociedad de gananciales y, por ello, la aplicación analógica del artículo 128 LCS que otorga al usufructuario de acciones o participaciones el derecho a exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por aquéllas con motivo de aplicarse los beneficios sociales a la constitución de reservas. **(STS de 3 de febrero de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En un procedimiento de división judicial de herencia y liquidación de sociedad legal de gananciales se discute entre el cónyuge superviviente y los hijos del esposo fallecido habidos en un matrimonio anterior, el carácter ganancial de los beneficios destinados a reservas por una sociedad de capital de la que era socio sólo el causante y, por lo tanto, si de acuerdo con el artículo 1397.3.º CC la sociedad de gananciales posee un derecho de crédito contra el cónyuge premuerto por las ganancias sociales no repartidas. En primera instancia se acogió la pretensión de la viuda de incluir en el activo de la sociedad de gananciales un derecho de crédito frente a la herencia del causante por el importe de las reservas de varias sociedades en las que el causante poseía acciones y participaciones privativas. Recurrida esta sentencia, la Audiencia Provincial la revoca al excluir tales reservas del activo de la sociedad de gananciales por estimarlas privativas. Los herederos de la esposa, fallecida durante la tramitación de la apelación, interponen recurso de casación fundado en la infracción del artículo 1347.2.º CC, en relación con los artículos 1381 y 1397.3.º CC y en contravención de la doctrina contenida en las SSTS de 15 de junio de 1982 y 24 de marzo de 2003. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como señala esta sentencia, no se discute el carácter ganancial que, conforme al artículo 1347.2.º CC, poseen los dividendos sociales devengados vigente la sociedad de gananciales, sino la naturaleza ganancial de los beneficios sociales destinados a reservas, cuestión huérfana de regulación en el Código Civil. Sobre esta problemática las Audiencias Provinciales se encuentran divididas,

como advierte la sentencia, que finalmente se decanta por el carácter privativo de las reservas, en tanto pertenecientes al patrimonio separado de las sociedades. Por el contrario, algunos autores estiman que las reservas voluntarias son beneficios no repartidos que deberían poseer carácter ganancial [véase GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Nueva emisión de acciones o participaciones sociales y sociedad de gananciales: El art. 1352 del Código Civil», en *Ordenación económica del matrimonio y crisis de la pareja*, (Dir.: C. Lasarte Álvarez y M.^a D. Cervilla Garzón), Valencia, 2018, pp. 209-203; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. «Comentario al art. 1347 CC», en *Comentario del Código Civil*, (Dir.: C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch), II, Madrid, 1993, p. 646, para quien resultan de aplicación analógica las reglas del usufructo ordinario y del usufructo de las acciones y participaciones, concluyendo que la sociedad de gananciales tiene derecho a los incrementos de valor de las acciones o participaciones privativas que correspondan a beneficios sociales integrados en las sociedades]. Estimamos que la personalidad jurídica independiente de la sociedad de capital no impide la aplicación analógica de las reglas del usufructo porque en este caso también concurre pese a lo cual el usufructuario tiene derecho al aumento de valor de las acciones o participaciones (art. 128 LCS). En segundo lugar, a pesar de la diferente naturaleza del derecho de usufructo y la sociedad de gananciales que apunta la sentencia, en ambos supuestos una persona ostenta la propiedad (respectivamente, nudo propietario o cónyuge titular) y se discute si otra u otras personas (según el caso, usufructuario o cónyuges) poseen derecho a los frutos o rendimientos. Por último, también para el usufructuario las reservas están sujetas a los avatares de la sociedad, y ello no impide que participe en el incremento de valor de las acciones o participaciones motivado por la dotación de reservas con cargo a beneficios, como consideramos que debería la sociedad de gananciales. En cualquier caso, la sentencia apunta que deben excluirse de su doctrina los supuestos de sociedades familiares o controladas por un cónyuge como socio único o mayoritario que adopta acuerdos sociales con la finalidad de que los beneficios de uno o varios ejercicios se destinen a reservas y así hurtar el derecho a participar en las ganancias que corresponderían a la sociedad de gananciales de conformidad con los artículos 1347.2.º y 1397.3.º CC. Tales prácticas, añade, podrían ser consideradas como actos en fraude de ley en atención a las circunstancias concurrentes (art. 6.4 CC). (*F. S. N.*)

31. Sociedad de gananciales. Liquidación. Naturaleza ganancial de vivienda adquirida a plazos antes del matrimonio por acuerdo posterior de los esposos. Ámbito de aplicación de los artículos 1355 y 1323 CC.—El artículo 1355 CC se refiere, en concreto, a la atribución de la condición de gananciales a bienes adquiridos a título oneroso «durante el matrimonio», lo que no tuvo lugar en el presente caso habida cuenta de que la vivienda fue adquirida antes de que se contrajese aquél. Sin embargo, dada la amplitud con la que el artículo 1323 CC admite la libertad de pactos entre cónyuges, ampara los desplazamientos patrimoniales entre el patrimonio privativo y ganancial y,

en consecuencia, permite que de mutuo acuerdo los cónyuges atribuyan la condición de ganancial tanto a un bien privativo como a un bien en parte ganancial y en parte privativo. En consecuencia, con apoyo en el artículo 1323 CC, la calificación del inmueble como ganancial realizada por la sentencia recurrida debe mantenerse pues, aunque la parte recurrente pudiera llevar razón sobre la improcedencia de la aplicación del artículo 1355 CC, tal apreciación carece de lo que en numerosas resoluciones hemos dado en llamar efecto útil, dado que la calificación de ganancial procedería igualmente.

Derecho de reembolso del dinero privativo invertido en la adquisición de un bien ganancial.—La inclusión en el activo del piso litigioso debe ir acompañada, sin embargo, del reconocimiento de un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado del dinero privativo empleado en su adquisición, puesto que no consta que renunciara al mismo. Ello por cuanto el reembolso, que el Código civil asocia de manera natural al empleo de fondos privativos para la adquisición de bienes gananciales, procede siempre que no se excluya expresamente con el fin de equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales. Así resulta de la doctrina de esta sala recogida en la STS del Pleno de 27 de mayo de 2019, y seguida con posterioridad por otras, como la STS de 11 de julio de 2019. (**STS de 12 de febrero de 2020**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La demandada había adquirido en abril de 1982 un piso en estado de soltera. Para dicha compra entregó una cantidad inicial, pactándose el pago diferido del importe restante mediante diversos plazos trimestrales. En septiembre del mismo año contrajo matrimonio en régimen de gananciales y en agosto de 1983 los cónyuges otorgaron capitulaciones por las que adoptaron el régimen de separación de bienes. Se produjo el divorcio en noviembre de 1984 y en febrero de 1989 volvieron a contraer matrimonio otra vez en régimen de ganancialidad. En abril de 1995 otorgaron de consuno escritura pública de compra de la vivienda en cuestión para la sociedad de gananciales, mostrándose ambos esposos conformes con dicho destino. En septiembre de 2002 vuelven a divorciarse. Años después, en 2015, el exmarido demanda la formación de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, en la que solicita se incluya por completo la propiedad de la vivienda referida. La exesposa se opone y alega el carácter privativo de la misma. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia incluyendo en el activo dicho bien inmueble en comunidad con la demandada, en relación a los pagos privativamente satisfechos por esta. La Audiencia Provincial de Valencia estimó en parte el recurso de apelación del actor y, a la vista de la declaración efectuada en la escritura pública de compraventa del piso en 1995, declaró el carácter ganancial de la totalidad de la vivienda *ex* artículo 1355 CC, ordenando se incluyera por completo en el activo. La demandada interpone recurso de casación, al considerar inaplicable al caso el precepto en el que la Audiencia basa su fallo. El Tribunal Supremo dio lugar en parte al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se enumera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las *referencias bibliográficas* se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

— Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las *referencias bibliográficas en nota a pie de página*, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a *abreviaturas*: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad; cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procede realizarla de la siguiente manera: «CC»; y cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE».

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

— Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.

— Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.

— Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXXIII, 2020

FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Fernando GÓMEZ POMAR/Mireia ARTIGOT GOLOBARDES: «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria»	7
María Reyes CORRIPIO GIL DELGADO: «La protección patrimonial de la persona mayor»	101
Víctor BASTANTE GRANELL: «La (<i>quasi</i>) transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre la vivienda habitual»	143
Cuestiones actuales	
Nieves MORALEJO IMBERNÓN: «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales»	241
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
CARTWRIGHT, John (trad. Juan Pablo Murga Fernández; ed. Francisco Capilla Roncero): «Introducción al Derecho inglés de los contratos», por Antonio Legerén-Molina	283
GARCÍA GARNICA, M. ^a del Carmen/MARCHAL ESCALONA, Nuria (dirs.)/QUESADA PÁEZ, A./MORENO CORDERO, G. (coords.): «Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia», por Isabel González Pacanowska/M. ^a Ángeles Sánchez Jiménez	290
ROCA, María José/GODOY, María Olaya (coords.): «Patrimonio histórico-artístico de la Iglesia Católica. Régimen jurídico de su gestión y tutela», por Antonio Pau	298

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ/Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ/ Davinia CADENAS OSUNA	303
---	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo**SENTENCIAS COMENTADAS**

Esther GÓMEZ CALLE: «Reclamación de alimentos y retraso desleal. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5164)»	341
---	-----

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	375
---	-----

FASCÍCULO II

abril-junio

Editorial

Antonio Manuel MORALES MORENO: «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?»	447
--	-----

Estudios monográficos

Beatriz GREGORACI: «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español»	455
Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO: «La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles»	491
Andrea MACÍA MORILLO: «El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos»	559
Gabriel MACANÁS VICENTE: «Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios. Artículo 526-4 PCC»	635

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO, y Julia AMMERMAN YEBRA	713
--	-----

Bibliografía**LIBROS**

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
DÍAZ TEIJEIRO, Carlos M.: «La legítima de los descendientes en la ley de Derecho civil de Galicia», por Teodora F. Torres García	783
DURBÁN MARTÍN, Ignacio: «La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles», por María Paz García Rubio	789

	<u>Pág.</u>
GARCÍA GOLDAR, Mónica: «La liquidación de la herencia en el Código civil español», por Belén Sainz-Cantero Caparrós	796
REY MUÑOZ, Francisco Javier: «La responsabilidad contractual por defectos en la edificación», por Judith Solé Resina	803
NOTA CRÍTICA	
Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ: «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)»	807
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN	823
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS	
Emilio V. BLANCO MARTÍNEZ: «Una lectura constitucional del Derecho de contratos (la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos)»	851
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO .	911

FASCÍCULO III **julio-septiembre**

In memoriam

Mariano ALONSO PÉREZ, por Eugenio Llamas Pombo	975
--	-----

Estudios monográficos

Antonio Manuel MORALES MORENO: «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe»	983
Antoni VAQUER ALOY: «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria»	1067
Antonio LEGERÉN-MOLINA: «La reserva de dominio: enseñanzas desde el Derecho inglés»	1097

	Pág.
Amanda KALIL: «Los contratos incompletos como mecanismo de gestión de riesgos: tratamiento en los nuevos instrumentos de modernización del derecho de contratos»	1159

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

BECH SERRAT, Josep: «El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato», por Ángel Juárez Torrejón	1215
FERNÁNDEZ CABANAS, Juan José: «La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios. El régimen de los artículos 1907 y 1909 del Código Civil», por Josep Solé Feliu	1220
DE TORRES PEREA, José Manuel: «El nuevo estatuto jurídico de los animales en el derecho civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles», por Remedios Aranda Rodríguez	1233

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	1241
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	1273
--	------

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Estudios monográficos

Nieves FENOY PICÓN: «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga»	1331
Xabier BASOZABAL ARRUE: «Incumplir por negociar con la cosa debida: el <i>commodum ex negotiatione</i> en el artículo 1186 CC»	1501
José María BOTELLO HERMOSA: «La preponderancia del criterio de habitualidad en la configuración de los alquileres turísticos y su necesaria reconfiguración. Una propuesta de solución»	1543

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO y Julia AMMERMANN YEBRA	1657
--	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

- KÄMPER, Lukas: «Forderungsbegriff und Zession», por Bruno Rodríguez-Rosado 1711
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos», por M.^a Carmen Crespo Mora 1714
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial», por M.^a Victoria Mayor del Hoyo ... 1720
- ZULOAGA, Isabel: «Reliance in the Breaking-off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective», por Esther Arroyo Amayuelas 1724

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN 1727

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS (Año 2019)

- Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS (Dir.); Colaboran: Ramón CASAS VALLÉS, Carla MARTÍNEZ CASTRO, Rosa M. MÉNDEZ TOMÁS 1749

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Xabier BASOZABAL ARRUE: «Indemnización por incapacidad laboral permanente y jurisprudencia sobre calificación –ganancial o privativa– de los incrementos dinerarios distintos del salario» 1807

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO 1823