

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIV, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2021



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

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

## Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

## Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

## Consejo de Redacción

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Barcelona

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (acreditada como Profesora Titular de Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Lleida

## Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Murcia

JOSÉ M.ª MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

M.ª JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Mariano Alonso Pérez, Jorge Caffarena Laporta, Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Vicente Guilarte Zapatero, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz, Luis Puig Ferriol, Evelio Verdera y Tuells.

# **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 LXXIV, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 2021

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



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

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2021

<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>
<b>Estudios monográficos</b>	
Rémy CABRILLAC: «El anteproyecto de reforma del Derecho francés de la responsabilidad extracontractual, presentación general» .....	7
Vicenzo BARBA: «Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán» .....	21
José-Ramón GARCÍA VICENTE: «¿Por qué el artículo 1482 del Código civil menciona al “vendedor o vendedores”?» .....	83
Ivó COCA VILA/Marta PANTALEÓN DÍAZ: «Lo intrasferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros <i>D&amp;O</i> » .....	113
 <b>Bibliografía</b>	
<b>LIBROS</b>	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
LÁZARO GONZÁLEZ Isabel Eugenia/SERRANO MOLINA, Alberto (Dirs.): «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Don José María Castán Vázquez», por Gabriel García Cantero .....	217
MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «Los tesoros de valor histórico artístico: una nueva mirada a las teorías sobre su adquisición en caso de descubrimiento casual», por José Luis Moreu Ballonga .....	225
MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias», por Mónica García Goldar .....	237
TORRES COSTAS, María Eugenia: «La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», por Antonio Legerén-Molina .....	245
 <b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA .....	253
 <b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	
<b>SENTENCIAS</b>	
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, José María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO ..	299

# El anteproyecto de reforma del Derecho francés de la responsabilidad extracontractual, presentación general<sup>1</sup>

**RÉMY CABRILLAC**  
Catedrático de Derecho  
Universidad de Montpellier

## RESUMEN

*Este artículo explica la gestación y razón de ser de la reforma del Derecho francés de la responsabilidad extracontractual y aborda los aspectos más importantes de su contenido.*

## PALABRAS CLAVE

*Código Civil. Reforma. Responsabilidad extracontractual.*

# The project of reform of French Law regarding non-contractual liability. General overview

## ABSTRACT

*This paper explains the raison d'être of the legal reform of the non-contractual liability in France and describes the main features of the reform.*

## KEY WORDS

*Civil Code. Reform. Non-contractual liability.*

---

<sup>1</sup> En este artículo, todas las traducciones de textos o de autores son personales.



1. «La idea de que la codificación está acabada, no constituye en la vida del derecho más que un momento de equilibrio, único y maravilloso, sin duda, pero inestable»<sup>2</sup>: los códigos no pueden evitar el envejecimiento. En el Código Civil francés, hay partes modernas y partes antiguas, es decir que datan de 1804. Algunas tentativas de adopción de un nuevo Código Civil, en 1904 o en 1945, no llegaron a buen puerto, y nuestro Código Civil fue modernizado por partes, fue una recodificación progresiva<sup>3</sup>.

El Derecho de las personas y de la familia fueron reformados durante la segunda mitad del siglo XX, con las leyes adoptadas bajo la influencia del decano Jean Carbonnier<sup>4</sup>, reformas que han permitido una «quieta revolución de nuestro Derecho civil contemporáneo»<sup>5</sup>. Pero los textos relativos al Derecho de las obligaciones no fueron reformados desde 1804.

2. La celebración del bicentenario del Código Civil francés, en Francia y en todo el mundo, fue una oportunidad para observar su éxito y su perennidad, pero también sacar a la luz sus lagunas<sup>6</sup>. La realidad económica y social ha cambiado desde principios del siglo XIX. Textos concebidos en la época de las diligencias, para una sociedad esencialmente rural como era Francia en 1804, no eran satisfactorios en nuestro mundo de hoy, en la época de Internet y de la mundialización. Así, el envejecimiento del Derecho francés de obligaciones constituía un daño para nuestro Derecho, tanto a nivel internacional como a nivel interno.

Por esta razón, en 2003 se creó un grupo de trabajo bajo el auspicio de la Asociación Capitant y dirigido por el profesor Pierre Catala, con intención de elaborar un anteproyecto de reforma de todo el derecho de obligaciones (contratos en general, responsabilidad extracontractual, régimen general de las obligaciones), labor que concluyó en 2005<sup>7</sup>. Este anteproyecto fue presentado al Ministerio de Justicia, ha sido estudiado por los diferentes actores de la vida económica, y, además, se ha traducido a seis lenguas (entre cuales, el español<sup>8</sup>). La parte de este proyecto dedicada al «derecho de la prescripción» ha influido en la reforma de la prescripción realizada por una ley de 17 de junio de 2008.

<sup>2</sup> HERON, 1998, p. 82.

<sup>3</sup> Cf. CABRILLAC, 2002, p. 126 y ss. (en español *Las codificaciones*, Flandes Indiano, Santiago, 2009, trad. por P. PULIDO, p. 143).

<sup>4</sup> Cf. CARBONNIER, 1995. Ad.: TAPIA y VALDIVIA OLIVARES, *Rev. Derecho de Valdivia*, julio 2004, p. 311 y ss.

<sup>5</sup> CORNU, 2007, n. 301.

<sup>6</sup> FAUVARQUE-COSSON y PATRIS-GODECHOT, 2006.

<sup>7</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *La doc. fr.*, 2005.

<sup>8</sup> HINESTROSA, 2006.

Otro proyecto académico fue elaborado después, bajo la dirección de otro profesor de la Facultad de Derecho de París, François Terré. Este proyecto trataba también de todo el Derecho de obligaciones, contratos, responsabilidad y del régimen general de las obligaciones<sup>9</sup>.

Frente a estos dos proyectos académicos, el Ministerio de Justicia elaboró su propio proyecto de reforma, limitado al Derecho de contratos y al régimen de las obligaciones.

El Gobierno decidió que la parte «Contratos y régimen de las obligaciones» de la reforma del derecho de obligaciones no debía ser discutida en el Parlamento porque pudiera modificar los textos y desnaturalizar el espíritu del proyecto. Sólo la parte relativa a la «Responsabilidad extracontractual» sería discutida y votada en el Parlamento. Es esta una curiosa concepción de la democracia que ha sido criticada. Algunos autores y el Senado han manifestado opiniones contrarias a este proceso legislativo y, sin embargo, es posible en nuestra Constitución que prevé la posibilidad de que el Gobierno pueda ser habilitado por el Parlamento para adoptar normas que pertenecen al ámbito de la ley. Estas normas, que son híbridas, no se denominan «leyes», ni «decretos», si no que se califican como «ordenanzas» (art. 38 Constitución.).

La Ley de habilitación fue adoptada el 16 de febrero de 2015 y la Ordenanza n. 2016-131, de reforma del derecho de contratos y del régimen general y de la prueba de las obligaciones, fue adoptada el 10 de febrero de 2016. La Ordenanza entró en vigor el día 1 de octubre de 2016, pues a tenor de su artículo 9 se aplica a todos los contratos concluidos después del primero de octubre de 2016. Una Ley del 20 de abril de 2018 ha ratificado la Ordenanza, haciendo a esta solo modificaciones de detalle.

3. En materia de responsabilidad extracontractual, una modernización de nuestro Código Civil parecía urgente<sup>10</sup>. Tenemos solo cuatro artículos del Código dedicados a esta cuestión (arts. 1382 a 1386, que después de la Ordenanza de 2016 que ha cambiado los números de los textos, son los artículos 1240 a 1244). A ello se añaden los artículos 1245 a 1245-17, incluidos por una ley de 19 de mayo de 1998 para la trasposición de la Directiva europea de 1985 en materia de responsabilidad por productos defectuosos y los artículos 1246 a 1252, por ley del 8 de agosto de 2016 en materia

<sup>9</sup> *Pour une réforme du droit des contrats* (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009); *Pour une réforme du droit de la responsabilité* (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011); *Pour une réforme du régime général des obligations* (Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013).

<sup>10</sup> Cf. las diferentes contribuciones en *La responsabilité civile* (dir. D. FENOUILLET), 2020.

de reparación del daño ecológico. Finalmente, una importante ley de indemnización de las víctimas de accidentes de tráfico fue adoptada el 5 de julio de 1985, pero no fue incorporada a la estructura del Código Civil.

Nuestro Derecho de la responsabilidad extracontractual es esencialmente una construcción jurisprudencial compleja y falta de racionalidad. El decano Carbonier dijo en su día que el Derecho de la responsabilidad extracontractual constituye «un inmenso malgasto de tiempo y de inteligencia»<sup>11</sup>. En el mismo sentido se manifestaban recientemente los profesores Malaurie, Aynés y Stoffel-Munck: «Este derecho jurisprudencial es complejo y cambiante, su coherencia dudosa, y mientras que sus modificaciones son sistemáticamente retroactivas, su base legal tiene la fecha ficticia de 1804»<sup>12</sup>.

Para modernizar y racionalizar nuestro Derecho de la responsabilidad extracontractual, el Ministerio de Justicia elaboró un anteproyecto de reforma presentado públicamente el 29 de abril 2016<sup>13</sup>. Una segunda versión fue difundida el 13 de marzo de 2017<sup>14</sup>. Una propuesta de ley que se inspira directamente de los puntos más consensuales del proyecto fue presentada delante el Senado el 22 de julio de 2020.

4. La responsabilidad, sanción jurídica de un comportamiento dañoso<sup>15</sup>, es tradicionalmente dividida entre responsabilidad penal, cuya función es sancionar un comportamiento, y responsabilidad civil, cuya función es resarcitoria y, también, preventiva. Estas funciones de la responsabilidad civil extracontractual no deberían ser modificadas por la reforma. Más allá de la función resarcitoria que domina el anteproyecto, este incorpora la función preventiva: el juez puede imponer medidas razonables para evitar el daño (art. 1266).

En el Derecho francés, el concepto general de responsabilidad civil conoce dos aplicaciones diferentes, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual, herencia del Derecho romano que distinguía entre dos fuentes de obligaciones, el contrato y el delito. La responsabilidad contractual repara el daño sufrido por una parte en la ejecución de un contrato; la responsabilidad extracontractual repara todo daño nacido fuera de la ejecución de

<sup>11</sup> CARBONNIER, 1999, n 260: «un immense gaspillage de temps et d'intelligence».

<sup>12</sup> MALAURIE, AYNES y STOFFEL-MUNCK, 2019, n. 33: «le droit jurisprudentiel «qui multiplie les verbalismes... (est) complexe et changeant; sa cohérence est douteuse, alors que ses modifications sont systématiquement rétroactives, sa base légale étant fictivement datée de 1804 ».

<sup>13</sup> VINEY, D. 2016.1378.

<sup>14</sup> BORGHETTI, D. 2017.770.

<sup>15</sup> *Dictionnaire du vocabulaire juridique* (dir. R. Cabrillac), 2020, V° Responsabilité.

un contrato. Algunos autores han cuestionado esta distinción, diciendo que la responsabilidad contractual es un «falso concepto»<sup>16</sup>. La responsabilidad contractual sería en realidad la ejecución por equivalente del contrato: en caso de incumplimiento, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación, la resolución del contrato u obtener daños. Desde este punto de vista, la reparación es concebida más como un remedio al incumplimiento, una compensación económica para el acreedor, que como la sanción de una culpa del deudor, concepción vinculada a una visión económica anglosajona del contrato que se encuentra en los proyectos europeos de armonización del Derecho de contratos (por ejemplo, el proyecto Lando, trata en un capítulo único, el IX, de los diversos remedios en caso de incumplimiento del contrato).

A pesar de esta doctrina, el Derecho francés ha mantenido la distinción fundamental entre responsabilidad contractual y extracontractual. La Ordenanza del 10 de febrero de 2016 ha mantenido la responsabilidad contractual (art. 1231 y ss. CC). Esta distinción entre ambas responsabilidades se prolonga en el principio de no acumulación de responsabilidad. La jurisprudencia establece de una manera muy clara que la responsabilidad extracontractual no es aplicable cuando hay una culpa en la ejecución de un contrato, en cuyo caso, la víctima de esa culpa no puede elegir el régimen de la responsabilidad extracontractual. Este principio es confirmado por el anteproyecto. El artículo 1233 señala que: «En caso de una obligación contractual, el deudor o el acreedor no pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones de la responsabilidad contractual para optar por reglas específicas de la responsabilidad extracontractual ». Pero el anteproyecto adopta una solución original, excepción al principio de no acumulación de responsabilidad, en favor de la víctima para el caso de los perjuicios que resultan de un daño corporal que son reparados por las reglas de la responsabilidad extracontractual, aunque sean causados por el incumplimiento de un contrato. No obstante, la víctima puede todavía invocar estipulaciones del contrato cuando le resulten más favorables (art. 1233-1).

La responsabilidad contractual supone que el daño sea causado por un contratante, no se aplica al daño causado por un tercero. Por ejemplo, la responsabilidad de un tercero cómplice de la violación de una obligación contractual es extracontractual. Así, en una promesa unilateral de contrato, si el promitente concluye el contrato con un tercero que conoce la existencia de la promesa, el beneficiario de la promesa puede comprometer la responsabilidad de ese

<sup>16</sup> REMY, *RTDCiv.* 1997.323.

tercero, pero esa responsabilidad es extracontractual. El anteproyecto confirma esta solución en su artículo 1234, apartado 1: «Cuando el incumplimiento del contrato causa un daño a un tercero, este puede pedir la reparación de su daño solo sobre el fundamento de la responsabilidad extracontractual». Pero el texto añade que un tercero que tiene un interés legítimo en la correcta ejecución de un contrato puede invocar una falta de ejecución sobre el fundamento de la responsabilidad contractual (art. 1234 ap. 2).

5. Más adelante, el anteproyecto distingue las condiciones (I) y los efectos (II) de la responsabilidad extracontractual.

I) Las condiciones:

6. En el Derecho francés, la concurrencia de responsabilidad está vinculada a un hecho causante de la responsabilidad (A), un daño (B) y la relación de causalidad entre ellos (C). Esta trilogía es mantenida por el anteproyecto.

A) El hecho causante de la responsabilidad:

7. En el Derecho francés, a diferencia de otros derechos como por ejemplo el Derecho inglés, tenemos principios generales de responsabilidad (1.º) y algunos casos específicos de responsabilidad (2.º).

De una manera preliminar, se necesita precisar que la responsabilidad es excluida en caso de fuerza mayor. El anteproyecto confirma los pronunciamientos de la jurisprudencia a este respecto. La fuerza mayor es un acontecimiento que escapa al control del demandado, que no puede evitar ni que el acontecimiento se produzca ni las consecuencias de este con medidas adecuadas (art. 1253 ap. 2). Desde la ordenanza de 2016, hay una definición de la fuerza mayor propia de la responsabilidad contractual (art. 1218 CC). Confirmando también la jurisprudencia anterior, el anteproyecto establece que en materia extracontractual, no se puede excluir o limitar por estipulaciones contractuales la responsabilidad por culpa (art. 1283).

1.º Principios generales:

a) El principio general de responsabilidad por hecho propio:

8. El artículo 1240 (ant. 1382) de nuestro Código Civil, sede del principio de responsabilidad por hecho propio, dice que «Cualquier hecho de la persona que causa a otra un daño, obliga a aquella por cuya culpa se causó a su reparación». Este principio es confirmado por el anteproyecto. El artículo 1241 establece que cada persona es responsable del daño causado por su culpa.

Este principio de responsabilidad por hecho propio está fundado sobre la culpa de una persona. Muchos autores han intentado definir la noción de culpa<sup>17</sup>. Los tribunales consideran que la culpa es un error de conducta, que tiene que ser apreciada *in abstracto*, es decir comparándola con la conducta de una persona razonable. Esta definición se encuentra en el anteproyecto de reforma: «constituye culpa la violación de una regla de conducta impuesta por la ley o la falta de observación del deber general de prudencia o de diligencia» (art. 1242).

9. Vinculado al principio general de responsabilidad por hecho propio, se ha planteado en nuestro derecho la cuestión del abuso de derecho. En un primer momento, la jurisprudencia había considerado que hay abuso de derecho cuando una persona tiene la intención de perjudicar a otra<sup>18</sup>, pero, más adelante, los tribunales han considerado que el uso de un derecho de una manera contraria a su finalidad puede constituir un abuso de derecho. Esta evolución se muestra de una manera significativa en la teoría de la perturbación causada en las relaciones de vecindad: ahora una perturbación anormal es suficiente para comprometer su responsabilidad (por ejemplo, si una persona hace un ruido que supera una tolerancia normalmente admisible). Esta solución es consagrada por el anteproyecto en su artículo 1244 que establece que el propietario, el arrendatario u otra persona que ocupa un inmueble que causa una perturbación que supera los inconvenientes normales de vecindad responde de pleno derecho de los daños causados.

b) El principio general de responsabilidad por hecho de una cosa bajo su guarda:

10. En nuestro Código Civil, el primer apartado del artículo 1242 (ant. 1384) señala que «La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que cause la actuación de personas de las que debe responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda». En el pensamiento de los redactores del Código Civil, este apartado era solo una introducción a los casos específicos de responsabilidad de los otros apartados. Pero, desde finales del siglo XIX, el desarrollo de los coches o de las industrias había producido situaciones injustas para las víctimas de daños que tenían dificultades para probar la culpa del empleador o del conductor, como exigía el principio general de responsabilidad por hecho propio. Esta es la razón de

<sup>17</sup> Cf. BRUN, 2018, n. 295 y s.

<sup>18</sup> Caso Clément-Bayard, Corte de casación, Req. 3 de agosto de 1915, *DP* 1917.1.79.

que la jurisprudencia haya extraído un principio general de responsabilidad por hecho de una cosa bajo su guardia en el apartado uno del artículo 1242 del Código Civil (ant. art. 1384 al. 1)<sup>19</sup>. Esta solución es confirmada por el anteproyecto (art. 1243).

La jurisprudencia posterior ha dado un lugar muy importante a este principio. La jurisprudencia considera que este principio se aplica a toda cosa, tanto mueble como inmueble, peligrosa o no peligrosa, que se mueva o que no se mueva<sup>20</sup>. Esta responsabilidad no es una responsabilidad fundada en la culpa, sino una responsabilidad fundada en el riesgo<sup>21</sup>.

Estas soluciones son confirmadas por el anteproyecto. El artículo 1243 establece que «Cada persona responde de pleno derecho de los daños causados por el hecho de cosas corporales que permanezcan bajo su guarda».

La jurisprudencia también ha definido la noción de guarda: es el poder de uso, de dirección y de control de la cosa. Eso explica, por ejemplo, que en caso de robo y de daño causado por el ladrón, es él y no el propietario quien es considerado responsable<sup>22</sup>. Esta solución es confirmada por el anteproyecto cuando señala que el responsable es el «que tiene el uso, el control y la dirección de la cosa en el momento del hecho dañoso» (art. 1243, ap. 4).

c) El principio general de responsabilidad por hecho de un tercero:

11. Se ha planteado la cuestión de averiguar si hay un principio general de responsabilidad por hecho de un tercero en el mismo artículo 1242 (ant. 1384) apartado uno del Código Civil.

La jurisprudencia ha vacilado mucho tiempo antes de admitirlo en un importante caso<sup>23</sup>. Los tribunales han precisado después las condiciones de este principio. Supone un poder de dirección y de control de una persona, por ejemplo, de un menor o un mayor que no tiene todas sus facultades mentales. El responsable puede ser una persona física o una persona jurídica en caso de una asociación que controla la actividad de terceros como, por ejemplo, una asociación deportiva. Esta responsabilidad es también una responsabi-

<sup>19</sup> Civ. 16 de junio de 1896, S. 1896.1.17, nota P. ESMEIN; D. 1897.1.433, nota R. SAVATIER, concl. L. SARRUT.

<sup>20</sup> Cf. caso Jand'heur, Ch. réunies, 13 de feb. de 1930, DP 1930.1.57, rap. Le Marc'Hadour, concl. MATTER, nota G. RIPERT; S. 1930.1.121, nota P. ESMEIN.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Caso Franck, Ch. Réunies, 2 de dic. de 1941, DC 1942.25, nota G. RIPERT; S. 1941.1.217, nota H. MAZEAUD; JCP 1942. II.1766, nota J. MIHURA.

<sup>23</sup> Caso Blicck, Ass. pl. 29 de marzo de 1991, D. 1991.324, nota C. LARROUMET; JCP 1991. II.21673, concl. Dontenville, nota J. GHESTIN; RTDCiv. 1991.312, nota P. JOURDAIN.

lidad fundada sobre el riesgo puesto que las personas responsables por el hecho de un tercero no pueden exonerarse probando que no han cometido culpa<sup>24</sup>.

Este principio general, de difícil aplicación, parece abandonado por el anteproyecto. El artículo 1245 señala que «Cada persona es responsable del daño causado por el hecho de un tercero en los casos y condiciones establecidos en los artículos 1246 a 1249». Esto significa que la responsabilidad por hecho de tercero existe solo en los casos establecidos por la ley.

Pero el cambio llevado por el anteproyecto es menos importante de lo que parece. Efectivamente, el anteproyecto confirma dos soluciones de la jurisprudencia que constituyen las más importantes aplicaciones del principio general de responsabilidad por hecho de un tercero. El artículo 1247 establece que la persona física o jurídica encargada por decisión judicial o administrativa de organizar y controlar el modo de vida de un mayor bajo su vigilancia es responsable de pleno derecho de los hechos de este mayor. Por su parte, el artículo 1248 señala que las otras personas que, por contrato y a título profesional son encargadas de una misión de vigilancia o de organización o control de un tercero, son responsables de los hechos de esta persona, excepto si pueden demostrar que no han incurrido en culpa.

## 2.º Casos específicos de responsabilidad:

12. Existen algunos casos específicos de responsabilidad por hecho propio. Aquí nos limitamos a indicar los más importantes. A este respecto, el anteproyecto no hace modificaciones importantes.

13. Una ley del 5 de julio de 1985 prevé un régimen de indemnización de las víctimas de un accidente de circulación en cual esté implicado un vehículo terrestre motorizado. Las víctimas, salvo los conductores de vehículos terrestres motorizados, son indemnizadas por los daños que resultan de los atentados a su persona, sin que pueda oponérseles su propia culpa, con excepción de su culpa inexcusable si esta ha sido la causa exclusiva del accidente (art. 3 ap. 1). Algunas víctimas privilegiadas son indemnizadas, excepto si han perseguido voluntariamente el daño (art. 3 ap. 3). El anteproyecto quiere integrar los principios generales de esta ley en la estructura misma de Código Civil (art. 1285 y ss.), sin modificaciones de fondo.

14. Bajo la influencia de una directiva europea, se estableció un régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos, introducido en nuestro Código Civil por una ley del 19 de mayo

---

<sup>24</sup> Crim. 26 de marzo de 1997, *D.* 1997.496, nota P. JOURDAIN; *JCP* 19998. II.10015, nota M. HUYETTE.



de 1998. El productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto, esté o no ligado por un contrato con la víctima (CC, art. 1245; ant. 1386-1). Estas soluciones son confirmadas por el anteproyecto sin modificaciones de importancia (art. 1289 y ss.).

15. Existen también casos especiales de responsabilidad por hecho de un tercero.

Los padres, en tanto que ejercen la patria potestad, son solidariamente responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos (CC art. 1242 ap. 4; ant. art. 1384 ap. 4). El anteproyecto confirma estas soluciones, solo modernizando la terminología (art. 1246).

Finalmente, los empresarios son responsables del daño causado por sus dependientes en el desarrollo de las funciones que les hubieron encargado (CC, art. 1242 ap. 5; ant. art. 1384 ap. 5). Esta solución es confirmada por el anteproyecto (art. 1249).

#### B) El daño:

16. En el Derecho francés, la reparación del daño está sometida a dos condiciones.

##### 1) El daño cierto:

17. La primera es que el daño tiene que ser cierto. Esa condición no complica la reparación de un daño actual, que es cierto. La dificultad viene en el caso de un daño futuro. Hay daños futuros que son ciertos y que pueden ser reparados. Por ejemplo, la indemnización de una invalidez repara un daño que va a desarrollarse en el futuro. Por ejemplo, también, la jurisprudencia permite la indemnización del riesgo de contagio, cuando una víctima es infectada por el virus VIH sin que el SIDA se haya declarado<sup>25</sup>.

Para asegurar una mejora en la indemnización de las víctimas, la jurisprudencia ha relativizado la exigencia de certeza del daño con la noción de pérdida de oportunidad. Por ejemplo, un estudiante víctima de un accidente antes su examen pierde la oportunidad de pasarlo y puede obtener reparación<sup>26</sup>. Los tribunales han aplicado numerosas veces la noción de pérdida de oportunidad: pérdida de oportunidad de ganar un proceso, pérdida de oportunidad de concluir un contrato, pérdida de oportunidad de resultar curado... La noción de pérdida de una oportunidad está fundada sobre una probabilidad estadística. Eso explica que no hay reparación si la oportunidad no es importante. El importe de la reparación depende de la oportunidad perdida.

<sup>25</sup> Civ., 2.º, 2 de abril de 1996, *Bull.*, civ. n.º 88.

<sup>26</sup> Civ., 2.º, 17 de febrero de 1961, *Gaz. Pal.*, 1961.1.400.

El anteproyecto confirma estas soluciones. Solo un daño cierto puede ser indemnizado (art. 1235), pero el perjuicio futuro es reparable si constituye la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual (art. 1236). Además, la reparación por la pérdida de oportunidad es confirmada por el anteproyecto, en las condiciones exigidas por la jurisprudencia (art. 1238).

2) El daño directo:

18. La segunda condición es que el daño sea directo.

Se plantea, en primer lugar, lo que se llama el daño indirecto (o daño «por rebote»). Si una persona es herida en un accidente, se plantea la cuestión de la reparación del daño sufrido por sus parientes. Ese daño es, por ejemplo, el perjuicio afectivo o el perjuicio material vinculado a dificultades financieras. La jurisprudencia permite la reparación de ese daño indirecto<sup>27</sup>. Estas soluciones no deberían ser modificadas, aunque el anteproyecto no contempla el daño indirecto.

Se plantea en segundo lugar el problema de la reparación de un daño colectivo. Si algunas personas han sufrido un daño producido por una misma fuente, es necesario saber si pueden agruparse para ejercitar una acción. El Derecho anglosajón lo admite sin problema con las llamadas *class-actions*. Pero, en Derecho francés en principio no es posible y cada persona que ha sufrido un daño tiene que ejercitar una acción distinta. Ello no obstante, ese principio conoce excepciones.

Hay leyes que permiten a algunas personas jurídicas iniciar una acción para la defensa de un interés colectivo; por ejemplo, a los sindicatos o colegios profesionales. También las asociaciones pueden ejercitar una acción que corresponda a sus objetivos. Por ejemplo, una asociación de lucha contra el racismo puede iniciar una acción judicial en caso de un acto racista. Además, una ley de 17 de marzo de 2014 ha introducido en Derecho francés las acciones de grupo en el Derecho de consumo (C. consumo, art. L. 423-1), y el ámbito de estas acciones de grupo fue ampliado por otra ley de 18 noviembre de 2016 (Derecho medio ambiental, Derecho de la salud).

La preocupación por el medio ambiente explica la adopción de una ley de 8 de agosto de 2016 que incluye el perjuicio ecológico en el Código Civil (art. 1246 CC). Estas soluciones son incorporadas en el anteproyecto sin modificaciones (art. 1279-1 y s.).

C) La relación de causalidad:

19. La cuestión de la causalidad es una de las más difíciles de la responsabilidad. Se encuentra tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual. Un hecho jurídico es generalmente

---

<sup>27</sup> Crim. 27 de marzo de 1877, *Bull. Crim.*, p. 86.

debido a muchos factores. Es difícil realizar una selección entre ellos para determinar el que es verdaderamente origen del daño.

A este respecto, en la doctrina, hay dos concepciones enfrentadas. Para la primera, la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los acontecimientos que han contribuido al daño tienen que ser considerados como causas del daño. Un acontecimiento es una causa del daño cada vez que, sin él, el daño no se hubiera producido. La ventaja de esa teoría es su simplicidad, pero parece difícilmente aplicable en la práctica porque conduciría a reconocer un papel causal a acontecimientos que tienen solo un vínculo lejano con el daño. Para una segunda teoría, la teoría de la causalidad adecuada, son considerados como causales los acontecimientos que han participado directamente en la realización del daño. Esta teoría implica poder determinar cuáles son los acontecimientos que han tenido un papel importante en la causación del daño y cuáles son los que han tenido un papel secundario.

La jurisprudencia adopta soluciones pragmáticas que dependen de cada caso concreto<sup>28</sup>, razón por la que no es posible dar una solución general.

El anteproyecto establece solo una regla general a este respecto: «La responsabilidad supone la existencia de un vínculo de causalidad entre el hecho imputado al demandado y el daño» (art. 1239 ap. 1). Este vínculo de causalidad se puede probar por cualquier medio (art. 1239 ap. 2).

## II) La reparación:

20. La reparación se funda sobre el principio de reparación integral del daño. El anteproyecto conserva su formulación (A), pero establece algunas limitaciones (B).

### A) La formulación del principio de reparación integral<sup>29</sup>:

21. La reparación puede realizarse *in natura*. Por ejemplo, el acreedor recibe una prestación como la estipulada en el contrato. El anteproyecto consagra la posibilidad de una reparación *in natura* (art. 1260), pero a menudo la reparación se realiza por equivalencia, es decir, mediante el pago de daños y perjuicios. Se plantea entonces el problema del importe de la reparación. El principio general es la reparación integral del daño. El anteproyecto confirma la formulación por los jueces de este principio: «La condena de reparación de daños y perjuicios tiene por objeto colocar a la víctima, en lo posible, en la situación en la que se encontraría si el

<sup>28</sup> Cf., por ejemplo, BRUN, p. 234 y ss.

<sup>29</sup> BONDON, 2020.

hecho dañoso no se hubiera producido, de modo que de allí no se siga ni pérdida ni ganancia» (art. 1258). Todo el daño, pero solo el daño tiene que ser reparado (cf. art. 1231-2 CC, para la responsabilidad contractual). Ese principio tiene algunas consecuencias. Para respetar lo máximo posible este principio, el importe de la indemnización se determina el día del juicio, solución que permite al juez tener en cuenta las variaciones monetarias como las variaciones del daño. Esta solución es confirmada por el anteproyecto (art. 1262).

B) Limitaciones al principio de reparación integral del daño:

22. El importe de la reparación es independiente de la gravedad de la culpa; depende solo del perjuicio. Incluso aunque medie una culpa leve, el deudor puede ser condenado a pagar un importe importante de daños y perjuicios. El principio de reparación integral excluye el pago de daños y perjuicios punitivos, que sí son conocidos por el Derecho anglosajón (*punitive damages*).

A este respecto, el anteproyecto prevé introducir una importante modificación<sup>30</sup>. En materia extracontractual, cuando el autor del daño ha actuado deliberadamente con culpa para obtener una ganancia o un ahorro, el juez puede condenarle al pago de una multa (art. 1266-1 ap. 1). El importe de esta multa será proporcional a la gravedad de la culpa, a la contribución del autor y a la ganancia obtenida (art. 1266-1 ap. 2). El importe de dicha multa ingresará en un fondo de indemnización relacionado con la naturaleza del daño sufrido y, en defecto de este, en el Tesoro Público (art. 1266-1, ap. 4).

23. El principio de reparación integral excluye también la obligación de limitar el perjuicio que existe en el Derecho anglosajón (*mitigation of damages*). La jurisprudencia ha decidido que la víctima no ve su indemnización reducida por su comportamiento después del hecho dañoso<sup>31</sup>, solución criticada por una parte de la doctrina<sup>32</sup>. El anteproyecto adopta una solución un poco diferente. El importe de la reparación puede ser reducido si la víctima no ha tomado medidas seguras y razonables para evitar la agravación de su perjuicio (art. 1263). Esta solución es excluida en caso de daños corporales.

24. «El mayor bien que los hombres puedan dar y recibir». Así calificaba Portalis la adopción de un Código Civil, en este caso, la adopción del Código Civil francés en 1804<sup>33</sup>. Para que esta fórmula sea de actualidad, es necesario que el Código Civil se ajuste

<sup>30</sup> JUAN, *RTDCiv.* 2017.565.

<sup>31</sup> Civ., 2, 19 de junio de 2003, *JCP* 2004. I.101, p. 19, obs. G. VINEY.

<sup>32</sup> Cf. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002.

<sup>33</sup> PORTALIS, 1989, p. 4.

más a la evolución de la sociedad<sup>34</sup>, como lo permitiría la adopción del anteproyecto de reforma de nuestro Derecho de la responsabilidad extracontractual.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: «Pour une réforme du droit des contrats», dir. F. Terré, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2009.
- «Pour une réforme du droit de la responsabilité», dir. F. Terré, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2011.
- «Pour une réforme du régime général des obligations», dir. F. Terré, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2013.
- *La responsabilité civile* (DIR. D. FENOUILLET), Ed. Panthéon-Assas, 2020.
- *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, dir. R. Cabrillac, Lexisnexis, 12 ed., 2020.
- BONDON, Marie-Sophie: «Le principe de réparation intégrale, Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité», *PUAM*, 2020.
- BORGHETTI, JeanSébastien: «Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017», *D.* 2017.770.
- BRUN, Philippe: «Responsabilité civile extracontractuelle», Lexisnexis, 5.<sup>a</sup> ed., 2018.
- CABRILLAC, Rémy: «Les codifications», *PUF*, 2002, (en español: «Las codificaciones», Flandes Indiano, Santiago, 2009, trad. por P. Pulido).
- «Un nouveau Code civil?», *D.* 2019.2149.
- CARBONNIER, Jean: «Essais sur les lois», Defrénois, 2.<sup>a</sup> ed., 1995.
- «Droit civil, Les obligations», tomo IV, PUF, coll. Thémis, *PUF*, 2.<sup>a</sup> ed., 1999.
- CORNU, Gérard: «Droit civil», Introduction, Montchrestien, 13 ed., 2007.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; y PATRIS-GODECHOT, Sara: «Le Code civil face à son destin», *La doc. Française*, 2006.
- HÉRON, Jacques: «Le nouveau Code de procédure civile», en *La codification*, dir. B. Beignier, Dalloz, 1998, p. 82.
- JUEN, Emmanuelle: «Vers la consécration des dommages et intérêts punitifs en droit français», *RTDCiv.* 2017.565.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Les obligations*, Defrénois, 11.<sup>a</sup> ed., 2020.
- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie: «Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil», en *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 4 y ss.
- REIFEGERSTE, Stéphane: «Pour une obligation de minimiser le dommage», *PUAM*, 2002.
- RÉMY, Philippe, «La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept», en *RTDCiv.*, 1997, p. 323 y ss.
- TAPIA, Mauricio; y VALDIVIA OLIVARES, Juan-Maria: «Homenaje a Jean Carbonnier», en *Revista de Derecho de Valdivia*, XVI, julio 2004, p. 311 y ss.
- VINEY, Geneviève: «L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité», *D.* 2016.1378.

<sup>34</sup> Cf. CABRILLAC, *D.* 2019.2149.

# Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán

**VINCENZO BARBA**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Roma «La Sapienza»

## RESUMEN

*El artículo ofrece una visión general de las posiciones de la doctrina y la jurisprudencia italiana sobre los acuerdos prematrimoniales, ilustrando las directrices más recientes destinadas a admitir los acuerdos de regulación de un asunto patrimonial específico, es decir, aquellos acuerdos que el autor califica como post discrimen familiae. El autor, que también considera de gran utilidad los acuerdos prematrimoniales, considera que su validez es actualmente muy dudosa y, a la vista del proceso de reforma en curso en Italia, propone la adopción de un modelo similar al existente en el derecho catalán. Esta elección se argumenta y justifica, señalando que esta disciplina es capaz de ponderar los intereses de los cónyuges con los principios constitucionales. El autor expone brevemente los problemas que pueden surgir en el caso de acuerdos prematrimoniales sujetos a una regulación extranjera, argumentando que una tal disciplina no sería contraria al orden público internacional italiano. Por último, también estima que la introducción de estos pactos no exime al intérprete de la obligación de evaluar que sean merecedores de protección jurídica.*

## PALABRAS CLAVE

*Régimen económico familiar, capitulaciones matrimoniales, pactos prematrimoniales, orden público internacional.*

## Marriage agreements in Italian law. Proposal for a reform in accordance with Catalan law

### ABSTRACT

*The essay offers an overview of the positions of Italian doctrine and jurisprudence on prenuptial agreements, illustrating the most recent guidelines aimed at admitting agreements aimed at regulating a single asset profile, i.e. those agreements that the author qualifies as post *discrimen familiae*. The author, who also considers the prenuptial agreements of great utility, specifies that their validity is currently highly doubtful and, in view of the reform process currently underway, proposes the adoption of a model similar to that existing in Catalan law. This choice is argued and justified, pointing out that it would be appropriate to balance the interests of the spouses with constitutional principles. The Autor briefly sets out the problems that may arise in the case of prenuptial agreements subject to a foreign discipline, arguing that such a discipline is not generally contrary to Italian international public policy. Finally, specifies that the introduction of these pacts does not exempt the interpreter from having to carry out a lawfulness and merit check.*

### KEYWORDS

*Family economic regime, marriage settlements, pre-marital o prenuptial agreements, international public order.*

SUMARIO: I. Modelos familiares y paradigmas contemporáneos.—II. Acuerdos matrimoniales que regulan la crisis familiar cuando ya ha surgido.—III. Acuerdos a latere de separación y divorcio.—IV. Pactos en previsión de una ruptura matrimonial.—V. Acuerdos *discriminis familiae* causa y post *discrimen familiae*.—VI. Propuesta de un modelo legislativo para los acuerdos prematrimoniales. La disciplina catalana.—VII. Acuerdo prematrimonial y orden público internacional.—VIII. El control de legalidad y de merecimiento de protección jurídica.

### I. MODELOS FAMILIARES Y PARADIGMAS CONTEMPORÁNEOS

Las importantes intervenciones legislativas sobre cuestiones familiares que se han producido en los últimos treinta años en Italia, aunque han tenido un impacto significativo en la forma misma

de entender la familia, todavía no han llegado a regular pactos en previsión de la ruptura de la familia o de la crisis.

No hace falta decir que las exigencias de la sociedad contemporánea van en una dirección muy diferente, de modo que la estipulación de tales pactos no se ve obstaculizada por la ausencia de una regulación precisa, con la consecuencia de que la responsabilidad de juzgar su validez se delega esencialmente a la jurisprudencia, que, con un espíritu crítico y conciencia de las necesidades concretas, ha ofrecido lecturas interesantes y abiertas.

Los pactos en previsión de una ruptura familiar no eran concebibles, resultando incluso contrarios a la propia filosofía que inspiró el sistema jurídico, en el modelo de familia diseñado por el Código Civil italiano de 1942, que consideraba la familia como una institución<sup>1</sup>, regida por las coordenadas de la matrimonialidad (es decir que la familia tiene que estar basada en el matrimonio), la indisolubilidad, la heterosexualidad y la bilateralidad. Ofrecía, de este modo, una idea de familia con un valor más institucional que privado, más cercana y casi identificada con la noción de familia del derecho canónico.

Esta idea de la familia hoy en día ya no corresponde ni al modelo legislativo ni, sobre todo, a la conciencia social. Las coordenadas originales que gobernaban la familia han devenido casi completamente obsoletas, y la única que se mantiene, aunque sea a duras penas, es la de la bilateralidad.

En primer lugar, el dogma de la matrimonialidad de la familia ha caído a través del difícil reconocimiento de la llamada familia de hecho<sup>2</sup>. Evidentemente el camino ha sido lento y tortuoso y hay

---

<sup>1</sup> Esta idea ha encontrado en Italia el exponente más destacado en CICU, 1978, p. 3 ss., que, partiendo del supuesto de que la familia es un organismo que trasciende a las personas, negó que la autonomía privada pudiera desempeñar un papel en el derecho de familia. En el mismo sentido, BARASSI, 1940, p. 3 ss. Una primera apertura se debe a SANTORO-PASSARELLI, 1961, p. 381 ss., según el cual los negocios de derecho familiar eran admisibles, con la advertencia de que solo la ley podría determinar sus efectos.

<sup>2</sup> Cabe considerar que la primera propuesta de texto constitucional, formulada por la Primera Subcomisión (30 de octubre - 15 de noviembre de 1945), en materia de familia, preveía dos artículos: uno dedicado a la familia y otro dedicado al matrimonio. Artículo 1: «La famiglia è una società naturale e come tale lo Stato la riconosce e ne tutela i diritti, allo scopo di accrescere la solidarietà morale e la prosperità materiale della Nazione». Artículo 2: «Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l'unità della famiglia». Estas reglas, que fueron un difícil compromiso alcanzado por Togliatti y Moro, fueron cuestionadas por La Pira, que propuso una enmienda para introducir el principio de la indisolubilidad del matrimonio en el artículo 2. Artículo 2 (modificado por La Pira): «Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia». El principio de la indisolubilidad del matrimonio se mantuvo también en el texto propuesto por la Comisión de los Setenta y Cinco (15 de enero de 1947) que formuló los dos textos siguientes: artículo 23 «La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne riconosce i diritti e ne assume la tutela per



que decir que aún no está totalmente culminado, ya que de vez en cuando aparecen opiniones que intentan afirmar una especie de superioridad de la familia basada en el matrimonio sobre cualquier otro modelo familiar. El instrumento técnico a través del cual se intenta generalmente esta operación hermenéutica ha sido la distinción entre formación social y familia. Afirmando en una perspectiva anticuada, que sería la familia «verdadera» solamente la que se basa en el matrimonio, mientras que todas las demás parejas serían «meras» formaciones sociales<sup>3</sup>. Y el tema, en ciertos aspectos, se ha visto también agravado por la introducción de la Ley sobre las uniones civiles homosexuales (Ley 20 de mayo de 2016, n. 76) que ha elegido deliberadamente, desde una perspectiva miope, calificar estas uniones como formaciones sociales, en la ilusoria convicción de que el recurso a esta denominación resulta suficiente para excluir su naturaleza familiar.

En segundo lugar, ha caído el dogma de la indisolubilidad, a través de la aprobación, tras un referéndum, de la Ley n.º 898 del 1 de diciembre de 1970, sobre la disolución del matrimonio. El tema ha sido, además, objeto de un interesante y reciente proceso de reforma, destinado a marcar una importante simplificación y una desjurisdiccionalización parcial. En este sentido, hay al menos dos leyes de especial importancia: el decreto ley n.º 132 de 12 de septiembre de 2014, convertido en la Ley n.º 162 del 10 de noviembre de 2014, y la Ley n.º 55 del 6 de mayo de 2015. La primera ley establece que: a) la separación legal consensual, b) la solicitud conjunta de divorcio y c) la solicitud conjunta de modificación de las medidas derivadas de la separación y el divorcio pueden obtenerse: i) como resultado de un procedimiento de negociación asistido por uno o más abogados, o ii) como resultado de

---

l'adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione. La Repubblica assicura alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo, con speciale riguardo alle famiglie numerose». Artículo 24 «Il matrimonio è basato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione a fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia». Por último, está la propuesta del Comité de Redacción que, por primera vez, introduce un cambio en el texto que se había acordado: artículo 23 «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio indissolubile. Il matrimonio è ordinato in base all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei limiti richiesti dall'unità della famiglia».

En los trabajos preparatorios de la Primera Subcomisión para la Constituyente, el 5 de noviembre de 1946, con ocasión de la discusión del artículo 29, se leyó este discurso de Moro: «quando si dice che la famiglia è una società naturale, non ci si deve riferire immediatamente al vincolo sacramentale; si vuole riconoscere che la famiglia nelle sue fasi iniziali è una società naturale. Pur essendo molto caro ai democristiani il concetto del vincolo sacramentale nella famiglia, questo non impedisce di raffigurare anche una famiglia, comunque costituita, come una società che, presentando determinati caratteri di stabilità e di funzionalità umana, possa inserirsi nella vita sociale. Mettendo da parte il vincolo sacramentale, si può raffigurare la famiglia nella sua struttura come una società complessa non soltanto di interessi e di affetti, ma soprattutto dotata di una propria consistenza che trascende i vincoli che possono solo temporaneamente tenere unite due persone».

<sup>3</sup> Por todos, con gran apertura, BIANCA, 2019, p. 122 s.

un procedimiento ante el encargado del registro civil. Esta ley dispone que, en presencia de hijos menores o discapacitados, el matrimonio: a) no se puede utilizar el segundo procedimiento; b) si se tiene la intención de utilizar el primer procedimiento, debe intervenir necesariamente el ministerio fiscal, que ejerce un control sustancial para proteger los intereses de los hijos. La segunda ley ha simplificado la posibilidad de solicitar el divorcio, al establecer que los cónyuges separados pueden solicitarlo una vez transcurridos doce meses (anteriormente el plazo era de tres años) desde la separación. Técnicamente, el *dies a quo* de este plazo de doce meses se fija en la reforma en la comparecencia de los cónyuges ante el tribunal del procedimiento de separación. Esta ley del 2015 introduce, asimismo, un plazo de seis meses para el caso de separación de mutuo acuerdo, aplicable asimismo cuando el litigio contencioso se convierte en consensual.

En tercer lugar, aunque este proceso sigue en curso y requiere un gran compromiso de la doctrina y la jurisprudencia, ha quedado en entredicho el dogma de la heterosexualidad. El cambio de criterio se inicia con el reconocimiento de la importancia de la pareja homosexual<sup>4</sup> de hecho, facilitado en parte por la intervención de los Tribunales Europeos y ratificado, finalmente, tras un importante fallo del Tribunal Constitucional<sup>5</sup>, por el parlamento italiano con la aprobación de la Ley reguladora de las uniones civiles homosexuales. Todavía en nuestros días algunos juristas italianos tratan de conservar el dogma de la heterosexualidad de la familia, y para lograr ese resultado dicen que las uniones civiles son formaciones sociales y no fami-

---

<sup>4</sup> Hay que considerar que la expresión «sociedad natural» contenida en el artículo 29 de la Constitución no puede considerarse un obstáculo para el reconocimiento de la familia homosexual. Aunque esta expresión es hoy señalada precisamente por los pensadores que se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo, suponiendo que el matrimonio es posible solo entre hombres y mujeres, es interesante recordar que esta expresión se debe a Togliatti y que fue rechazada precisamente por los católicos. La referencia a la naturalidad no aspiraba a recordar las concepciones filosóficas pan-naturalistas, sino a impedir que el Estado –lo que había sucedido durante el período fascista– interfiriera en la autonomía de la familia. Son muchos los ejemplos de la injerencia del Estado fascista en la autonomía de la familia y, entre ellos, basta pensar en la obligación de basar la educación de los hijos en el sentimiento nacional fascista, o en la prohibición de que los judíos se casaran en suelo italiano, o, también, en la prohibición de los matrimonios entre italianos y judíos para no contaminar la raza. La referencia a la familia, como «sociedad natural basada en el matrimonio», no nació en la Constitución para legitimar como única familia posible la heterosexual, sino para impedir que el principio de la indisolubilidad del matrimonio, sustancialmente deseado por los católicos e introducido, por fin, por el Comité de Ordenación, se introdujera en nuestra Constitución. El propio Moro expresó su apertura hacia la familia no basada en el matrimonio (v. nota n. 2). En esencia, la expresión «fundado en el matrimonio» solo pretendía decir que el matrimonio era indisoluble, al igual que la expresión «sociedad natural» servía de preámbulo filosófico para hacer descender siempre la indisolubilidad. Cuando la indisolubilidad dejó de existir, el significado del artículo cambió radicalmente.

<sup>5</sup> Corte Cost., 11 de junio de 2014, n. 170, en *Leggi d'Italia*.

lias<sup>6</sup>. Esta idea no puede ser compartida y requiere, a mi modo de ver, una reacción firme sustentada en planteamientos constitucionales. Considero, a este respecto, que el sistema legislativo italiano actual resulta muy insatisfactorio, al haber construido una unión civil que es esencialmente casi idéntica al matrimonio, solo para evitar decir que una pareja homosexual puede contraer matrimonio. Sería deseable, en una perspectiva más acorde a la realidad contemporánea, abrir el matrimonio tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales<sup>7</sup>, rediseñando la disciplina de la unión civil, para convertirla en una llamada estructura familiar débil, en la que puedan ser admitidas tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales<sup>8</sup>. El sistema jurídico no puede establecer modelos familiares diferentes con fundamento en la orientación sexual de las personas; solo puede prever dos modelos diferentes (uno denominado fuerte y otro llamado débil), cada uno con su propia disciplina sustancial, a los que deben tener acceso tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales. El matrimonio, la unión civil y la pareja de hecho deben ser diferentes solo por la disciplina sustantiva aplicable y no por la orientación sexual de las parejas que pueden acceder a ellas. Por lo tanto, me parece que todavía queda un largo camino por recorrer<sup>9</sup>.

Finalmente, permanece el dogma de la bilateralidad, aunque las consideraciones de otros países nos llevan a repensar su propia existencia. No solo porque el sistema jurídico italiano tiene que prepararse, atendiendo a niveles adecuados de protección de las personas, ante el fenómeno de las familias polígamas, especial-

<sup>6</sup> En el sentido de hacer que las normas aplicables a la unión civil y al matrimonio sean sustancialmente comparables, mediante una interpretación del párrafo 20 del artículo 1 de la Ley reguladora de la unión civil BARBA, 2017, p. 143 ss.; BARBA, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 13 ss.; BARBA, *Fam. dir.*, 2017, p. 381 ss.

<sup>7</sup> En el sentido opuesto, parece orientado (Renda, 2014, p. 1024 ss.), según el cual el concepto de familia, también como resultado de una evaluación antropológica, se fijaría en la unión heterosexual consagrada en el matrimonio. El autor, al tiempo que afirma que es apropiado regular la pareja homosexual, declara que la opción de extender el matrimonio a las parejas homosexuales el matrimonio, como se ha hecho en otros países, implicaría el pago de «un precio» demasiado alto en Italia. «Consiste nella rottura non solo del modello del “matrimonio cristiano”, teorizzato da Jemolo come categoria comprensiva di quello canonico e di quello civile ed accomunata dal presupposto generalissimo della diversità di sesso dei nubendi, ma anche dello stesso modello di matrimonio civile europeo, che si spezza in due tronconi». Este autor llega incluso a mantener que se trata de un vaciamiento del sustrato antropológico y una privación de su función que, como el nombre evoca, implica la idea de una «condivisione da parte dell'uomo del dono e della responsabilità della maternità».

<sup>8</sup> Sobre este tema y para el desarrollo de esta idea, véase BARBA, *GenIUS*, 2018, p. 68 ss.

<sup>9</sup> A este respecto, las interesantes consideraciones de CHIAPPETA, *Rass. dir. civ.*, 2020 (pendiente de publicación), leído merced a la amabilidad de la autora, que explican la transición de familia - institución (acto - estatus - efectos) a familias funcionales (afecto - relaciones - efectos). «La concezione funzionale delle “famiglie” ha messo infatti in luce che gli effetti possono, anche in assenza di un valido atto dichiarativo, fondarsi sulla solidarietà e sull'affetto esistente tra i membri del gruppo familiare».

mente en los casos de extranjeros residentes en Italia, sino también por la necesidad de dar respuesta a nuevas figuras como las familias recompuestas y la hipótesis más reciente del poli-amor.

Estos cambios radicales en el sistema familiar afectan inevitablemente también al papel de la autonomía privada en el seno de la familia y de su crisis, por lo que las consideraciones encaminadas a excluir su importancia deben considerarse definitivamente infundadas. Más bien, es necesario verificar cuáles son los espacios que la autonomía privada ya ha conquistado en la crisis de la familia y cuál es el papel global que la contemporaneidad le asigna, con la plena conciencia de que de estos datos dependen importantes consecuencias en todos aquellos casos, cada vez más numerosos, en los que los regímenes patrimoniales se rigen por una disciplina extranjera.

## **II. ACUERDOS MATRIMONIALES QUE REGULAN LA CRISIS FAMILIAR CUANDO YA HA SURGIDO**

La autonomía privada no es en absoluto ajena a la crisis matrimonial y las tendencias más recientes, en las que se evidencia el fenómeno de la desjurisdiccionalización, constituyen un fuerte impulso en esta dirección.

Es indiscutible que los cónyuges tienen un importante poder de autonomía en la gestión de la crisis familiar, no solo cuando esta ha sido declarada y la autoridad judicial ya ha intervenido, sino también antes de que la crisis sea puesta en conocimiento del órgano judicial encargado de pronunciar la separación o el divorcio.

Existen numerosas disposiciones jurídicas que otorgan un papel fundamental a la autonomía de los sujetos inmersos en una crisis conyugal, con carácter previo o tras la intervención judicial.

En la primera dirección, basta pensar en el artículo 5, párrafo 8, Ley divorcio<sup>10</sup> (en adelante: LD), en la parte en la que dispone que los cónyuges pueden acordar que la obligación de alimentos se cumpla en un solo pago; en la segunda dirección, cabe citar la regulación de la separación y el divorcio llamados consensuales, es decir, los casos en los que la regulación de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se encomienda sustancialmente a su decisión conjunta (convenio regulador) y se somete a un control por parte de una autoridad judicial.

<sup>10</sup> Se trata de la Ley 1 de diciembre de 1970, n. 898.

Es necesario, pues, partir precisamente de estos acuerdos pre-matrimoniales, cuyo contenido tiende a integrarse en la sentencia judicial que decreta la separación o el divorcio, con la aclaración de que, de ahora en adelante, en aras de la simplicidad, tomaré en consideración únicamente el caso de la separación, con pleno conocimiento de que estas consideraciones pueden extenderse también al divorcio<sup>11</sup>.

Las normas de referencia están contenidas en los artículos 158 CC It. y 711 CPC It., que establecen que los cónyuges pueden resolver mediante negociación tanto sus relaciones personales como patrimoniales, así como sus relaciones con los hijos, y que este acuerdo debe ser aprobado por el tribunal.

El procedimiento se divide, pues, en dos etapas: la primera, que se lleva a cabo únicamente entre los cónyuges, a cuyo término estos celebran un acuerdo que regula sus relaciones de manera global; la segunda, en la que el tribunal interviene con la función de aprobar el acuerdo de los cónyuges a fin de que, según lo establecido por las dos disposiciones legales mencionadas, el acuerdo en cuestión «tenga efecto».

El alcance y la relevancia de ese acuerdo de los cónyuges depende, inevitablemente, del valor asignado a la decisión judicial de homologación, ya que, como puede fácilmente intuirse, existe una relación de proporcionalidad inversa entre uno y otra, de modo que cuanto más importancia se otorgue a la resolución judicial, menor relevancia tendrá el acuerdo de los cónyuges, con el riesgo de que se convierta en una mera proposición.

La relación entre estos dos actos no se ha mantenido inalterada a lo largo del tiempo, pudiéndose apreciar un proceso lento, pero ininterrumpido, destinado a quitar importancia a la función de la aprobación del tribunal.

Esta evolución, íntimamente ligada al mismo concepto de familia, ha recibido un fuerte impulso, primero con la reforma del derecho de familia de 1975, que modificó el texto del artículo 158 del Código Civil, introduciendo su actual segundo párrafo, y, más recientemente, con las normas de 2014 sobre la separación derivada de un procedimiento de negociación asistido por uno o varios abogados, o de un procedimiento ante el encargado del registro civil. De hecho, hemos pasado de una concepción que consideraba

---

<sup>11</sup> La disciplina no es muy diferente en el derecho común español, donde en el caso de separación o divorcio a petición de ambos cónyuges, es posible que a la demanda se acompañe una propuesta de convenio regulador. Las normas mínimas que debe contener el convenio regulador, a diferencia de lo previsto en Italia, son uniformes (contenidas en el artículo 90 CC Es.), tanto en el caso de separación como de divorcio. Sobre el tema, con amplitud, CASTILLA BAREA, 2011, p. 295 ss.

el acuerdo de los cónyuges un mero requisito previo y la homologación el acto con función determinante y constitutiva, de tal manera que se pensaba que el juez ni siquiera estaba obligado a cumplir los acuerdos alcanzados entre los cónyuges, a una concepción en la que la homologación desempeña una función de puro control de legalidad, permitiendo que el juez intervenga solo en una función limitadora y únicamente si están implicados los intereses de los hijos, es decir, los intereses de partes ajenas a la pareja.

En este sentido, es significativa no solo la introducción del segundo párrafo del artículo 158 del Código Civil italiano, que permite una relectura de su primer párrafo, sino también la frecuentemente citada ley de 2014. El segundo párrafo del artículo 158 del Código Civil italiano, al establecer que en el caso de un acuerdo prematrimonial que no responda al interés de los hijos, el juez convocará de nuevo a los cónyuges, indicándoles las modificaciones que deben adoptarse, y que, en el caso de una solución inadecuada, puede rechazar la aprobación, demuestra que el poder de decisión está efectivamente concentrado en las manos de los cónyuges, careciendo el juez de facultades para determinar el contenido del acto, gozando solo de un poder excepcional de rechazo<sup>12</sup>.

Esto que se acaba de exponer se comprende aún mejor si se considera el procedimiento de negociación asistida, respecto al cual el legislador ha establecido que, en ausencia de hijos, el fiscal al que se transmite el acuerdo comunicará la autorización si no aprecia ninguna irregularidad y que, en presencia de hijos, autorizará el acuerdo si respeta los intereses de los mismos. En el procedimiento de separación por consentimiento mutuo ante el encargado del registro civil, al que los cónyuges no pueden tener acceso si tienen hijos comunes, no se prevé ninguna forma sustancial de control.

En otras palabras, la homologación del Tribunal en el caso de una separación a petición de ambos cónyuges, el control del fiscal en el caso de una separación tras una negociación asistida y, aún más, el convenio regulador celebrado ante el encargado

---

<sup>12</sup> En este sentido, desde Cass., 4 de septiembre de 2004, n. 17902, en *Fam. e dir.*, 2005, p. 508 ss., se considera que, dado el carácter negocial del acuerdo que da sustancia y fundamento a la separación consensual entre los cónyuges, y en la medida que no se reconoce, en el acto de homologación, una función sustitutiva o complementaria de la voluntad de las partes, sino que, por el contrario, representa el procedimiento y el decreto de homologación condiciones de eficacia del acuerdo subyacente entre los cónyuges (salvo en lo que respecta a los acuerdos relativos a la custodia de los hijos menores, respecto de la cual el tribunal tiene un poder de intervención más intenso), debe considerarse admisible una acción de anulación de la separación consensual homologada por vicios de la voluntad, cuya disciplina, extensible a las negociaciones relativas a las relaciones jurídicas no matrimoniales, a las que pertenecen las del derecho de familia, protege la validez del consentimiento como efecto de la libre reunión de la voluntad de las partes.

del registro civil, demuestran la centralidad que asume el acuerdo de los cónyuges y su idoneidad para regular todas<sup>13</sup> sus relaciones.

No cabe duda, por lo tanto, de que la crisis del matrimonio puede regularse esencialmente mediante un acuerdo entre los cónyuges y, por consiguiente, que la autonomía privada desempeña un papel muy importante en la crisis familiar.

Desde otro punto de vista, la jurisprudencia italiana, para indicar cuál debe ser el contenido mínimo del acuerdo de separación, ha señalado que existe un *contenuto essenziale*, que tiene por objeto el consentimiento mutuo para vivir separados, la custodia de los hijos, y la pensión compensatoria (si es debida y si se cumplen las condiciones), y un *contenuto eventuale*, que consiste en todos aquellos acuerdos necesarios y adecuados para el establecimiento de un régimen de vida separado, especificando, posteriormente, que este segundo contenido viene referido básicamente a acuerdos de carácter patrimonial<sup>14</sup>.

Esta diferenciación ha servido a la jurisprudencia italiana para dar respuesta a dos cuestiones: en primer lugar, para excluir que el contenido eventual deba ser homologado para que sea eficaz, y, en segundo lugar, para afirmar que su modificación no requiere el procedimiento establecido en el artículo 710 del Código procesal civil italiano.

Mediante este razonamiento, la jurisprudencia italiana<sup>15</sup> ha afirmado sustancialmente que los acuerdos que regulan aspectos relativos a los bienes no solo son perfectamente válidos y eficaces, sino que ni siquiera requieren homologación por parte del juez, terminando por concluir que son acuerdos plenamente sujetos a la disciplina del derecho común de los contratos. Y no es por casualidad que se evoca a menudo la norma del artículo 1322 del Código Civil, suponiendo que se trata de acuerdos «atípicos»<sup>16</sup> celebrados

<sup>13</sup> Cabe señalar que el acuerdo de separación ante el encargado del registro civil no puede contener acuerdos de transferencia de bienes.

<sup>14</sup> En la jurisprudencia, entre las primeras afirmaciones de esta idea, Cass., 25 de septiembre de 1978, n. 4277, en *Leggi d'Italia*. Asimismo, más recientemente: Cass., 15 de mayo de 1997, n. 4306, en *Nuova giur. civ.*, 1999, I, p. 278, con nota de ZANUZZI; Cass., 19 de agosto de 2015, n. 16909, en *Leggi d'Italia*; Cass., 26 de julio de 2018, n. 19847, in *Leggi d'Italia*; Cass., 7 de mayo de 2019, n. 12023, en *Leggi d'Italia*.

<sup>15</sup> Un análisis inteligente de nuestra jurisprudencia es propuesto por PALAZZO, 2018, p. PALAZZO, *Giust. civ.*, 2017, p. 93 ss., quien mantiene posturas aperturistas interesantes y considera inútil una evaluación abstracta de los pactos. El autor sostiene que una decisión preliminar sobre la invalidez no sería razonable «ove la sintesi degli interessi reali che il medesimo è volto concretamente a realizzare non sia identificabile quale “prezzo” del consenso al divorzio, quanto meno ove vengano rispettati, anche sotto il profilo relazionale, taluni aspetti rilevanti».

<sup>16</sup> Sobre mi idea de atipicidad de los contratos y el papel del artículo 1322 CC It., véase BARBA, 2018, p. 74.

en el ejercicio de la facultad de autonomía que la ley reconoce a las personas, así como la disciplina sobre los vicios del consentimiento, que encontrarían aplicación, que son acuerdos sujetos al derecho común de los contratos.

Habiendo afirmado la admisibilidad y la relevancia de estos pactos, la doctrina ha cuestionado el valor jurídico de un acuerdo entre los cónyuges para regular su separación, a falta de su homologación, es decir, en el caso de una separación de hecho.

A este respecto, aunque la jurisprudencia ha afirmado recientemente que, a falta de homologación, la separación es ineficaz<sup>17</sup>, no creo que esto sea suficiente para considerar esos acuerdos como totalmente ineficaces.

A mi juicio, hay que tener en cuenta que la postura de la jurisprudencia solo permite descartar la posibilidad de que ese acuerdo produzca los efectos típicos de la separación entre los cónyuges, mientras que no permite afirmar que dicho pacto carezca de todo efecto jurídico. La jurisprudencia señala, en efecto, que ese acuerdo no puede producir los efectos propios de una separación judicial a petición de ambos cónyuges, pero ello no conlleva considerarlo como meramente inválido o ineficaz. Por el contrario, este acuerdo conserva su eficacia y validez<sup>18</sup>.

En consecuencia, me parece posible decir que los acuerdos con contenido «eventual» serán perfectamente válidos, mientras que el acuerdo que tenga un contenido esencial, aunque sea efectivo en las relaciones de la pareja (ya que hay una separación de hecho), no puede producir las mismas consecuencias que la ley relaciona con la sentencia de separación.

---

<sup>17</sup> Véase nota n. 14.

<sup>18</sup> *Cfr.* Cass., 9 de abril de 2008, n. 9174, en *Leggi d'Italia*. En lo que respecta a la separación consensual, la reglamentación acordada entre los cónyuges y relativa a la definición de sus relaciones patrimoniales, aunque se base en el acuerdo de las partes, solo surte efectos jurídicos después de la medida de homologación, que tiene la función esencial de comprobar que los acuerdos concertados se ajustan a los intereses superiores de la familia; de ello se desprende que, dado que los acuerdos mencionados solo pueden ser parte constitutiva de la separación si se homologan, de conformidad con el complejo procedimiento *ex art.* 711 CPC It. y 158 CC It., a falta de tal homologación, los acuerdos previamente celebrados no tienen ninguna eficacia jurídica a menos que estén en posición de autonomía porque no están vinculados al sistema de separación consensual. (Principio afirmado por la Corte de Casación respecto a un acuerdo, relativo a la renuncia a la copropiedad de un bien inmueble por parte de uno de los cónyuges en favor del otro, considerado como parte de un proyecto de separación consensual que no tuvo éxito, ya que los cónyuges habían obtenido la separación judicialmente.



### III. ACUERDOS A *LATERE* DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Las consideraciones realizadas en relación con el llamado «contenido esencial» y el llamado «contenido eventual» del acuerdo de separación, han permitido a la jurisprudencia italiana razonar sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales alcanzados por los cónyuges, al mismo tiempo o después de la aprobación del acuerdo de separación, y, por lo tanto, sobre la cuestión de los llamados acuerdos prenupciales *a latere*.

En un momento en que la concepción institucional del matrimonio todavía era fuerte y estaba asentada la creencia de que el acuerdo de los cónyuges tenía un mero valor de presupuesto, de modo que el acto que tenía efecto constitutivo de la separación era la homologación, la respuesta a esta pregunta fue sustancialmente negativa.

En presencia de cualquier acuerdo, incluso posterior a la separación, por el que los cónyuges hubieran regulado un aspecto patrimonial de su vida después de la ruptura familiar, el juicio fue extremadamente riguroso, hasta el punto de calificar esos acuerdos nulos por ilicitud de la causa, o por tener por objeto derechos no disponibles<sup>19</sup>, o por determinar una restricción de los derechos de defensa, o por importar una renuncia a derechos futuros.

La casuística de la jurisprudencia italiana se refiere principalmente a los acuerdos entre los cónyuges sobre la pensión compensatoria celebrados después de la separación y con vistas al divorcio, a los acuerdos que modifican las condiciones patrimoniales establecidas en el momento de la separación<sup>20</sup>, a los acuerdos rela-

<sup>19</sup> Sin embargo, cabe señalar Cass., 13 de enero de 1993, n. 348, en *Leggi d'Italia*, que admitía esencialmente la validez de un acuerdo patrimonial entre los cónyuges celebrado con vistas a la anulación del matrimonio, dado el carácter inquisitivo de la sentencia de anulación del matrimonio y, por tanto, la exclusión de toda facultad de disposición del estatuto. En los fundamentos de derecho, se lee: «se è pur vero infatti che, con la sentenza 3777/81 ed altre successive (cfr. da ultimo, 2180/91), questa Corte ha ritenuto la nullità di accordi patrimoniali tra coniugi per l'eventualità ed in vista di un futuro divorzio, per motivi di ordine pubblico attinenti alla idoneità di tali fatti ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo status personale - del pari innegabile è però la ben diversa connotazione della odierna fattispecie negoziale, che rende ad essa irriferribile quel principio. Non viene infatti in gioco, in questo caso una "determinazione delle parti" in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, che potrebbe ritenersi in tesi influenzata dalla pregressa regolamentazione negoziale: essendo viceversa l'accordo di che si discute correlato ad un procedimento, dalle forti connotazioni inquisitorie, volto (comunque) ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio, fuori da ogni potere negoziale di disposizione dello status».

<sup>20</sup> Véase, Cass., 11 de junio de 1981, n. 3777, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «L'assegno di divorzio è indisponibile prima dell'inizio del relativo giudizio tanto nella sua parte assistenziale quanto nella parte risarcitoria e compensativa; pertanto, vanno considerati invalidi gli accordi dei coniugi separati intesi a stabilire il regime economico non solo per il contestuale periodo di separazione ma anche per quello successivo al giudizio di divorzio». Más, Cass., 20 de mayo de 1985, n. 3030, en *Leggi d'Italia*, «è inefficace la rinuncia alla possibilità di chiedere la revisione dell'assegno inter-

tivos a la vivienda familiar<sup>21</sup> y, en todo caso, a los acuerdos que regulan los asuntos patrimoniales<sup>22</sup>.

El verdadero cambio se produjo en 1993<sup>23</sup>, cuando, por primera vez, la jurisprudencia italiana, modificando el enfoque anterior, confirmó la validez de los acuerdos *a latere*, es decir, todos aquellos celebrados entre los cónyuges que no se incorporan a la sentencia de separación<sup>24</sup>.

---

venuta fra i coniugi prima della pronuncia del divorzio». Igualmente: Cass., 6 de diciembre de 1991, n. 13128, en *Leggi d'Italia*; Cass., 4 de junio de 1992, n. 6857, en *Leggi d'Italia*.

<sup>21</sup> V. Cass., 11 de diciembre de 1990, n. 11788, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «L'accordo con cui i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono per il periodo successivo al divorzio a favore dell'uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell'altro è nullo per illiceità della causa (nella specie, la cassazione ha rilevato l'incidenza su materia, quella dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, sottratta alla disponibilità delle parti e la possibile influenza sul comportamento processuale delle parti stesse), in quanto incide, direttamente od indirettamente, sui comportamenti difensivi nel processo di divorzio, ed altresì tocca la materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, che è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata alle determinazioni del giudice, a tutela di interessi anche pubblicistici». Igualmente: Cass., 20 de septiembre de 1991, n. 9840, en *Leggi d'Italia*.

<sup>22</sup> V. Cass., 1 de marzo de 1991, n. 2180, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «il divieto per i coniugi di disciplinare in anticipo i loro rapporti patrimoniali per l'eventualità del divorzio non riguarda solo la predeterminazione dell'assegno, ma comprende gli accordi economici parimenti rientranti nel regime patrimoniale del divorzio (nella specie, trattavasi di accordo accessorio alla separazione, ma funzionalmente collegato anche al divorzio, con il quale erano concessi in godimento alla moglie beni mobili ed immobili del marito), sussistendo anche per tali accordi le ragioni di ordine pubblico del divieto (attitudine ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo status personale); il principio non resta escluso dalla possibilità, introdotta dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, (che ha novellato l'art. 4 L. 1 dicembre 1970, n. 898), di proporre congiuntamente la domanda di divorzio, poiché, in questa evenienza, le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico atengono ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire, e, quindi, non semplicemente prefigurato».

<sup>23</sup> Cass., 24 de febrero de 1993, n. 2270, en *Leggi d'Italia*; Cass., 22 de enero de 1994, n. 675, en *Leggi d'Italia*. La primera sentencia establece este principio de derecho que también se repite en la segunda: «in tema di separazione consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c., quando non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c.; per contro, alle pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, può riconoscersi validità solo quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma (ad esempio concordando un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sottoposto ad omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o quando costituiscano clause meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c.».

<sup>24</sup> Cabe señalar que, después de estos dos fallos de 1993, se encuentran durante algunos años más varios fallos que se ajustan al enfoque anterior, especialmente los relativos a la cuantía de la pensión compensatoria, que sigue siendo una cuestión muy delicada. Así, Cass., 28 de octubre de 1994, n. 8912, en *Leggi d'Italia*, que establece este principio de derecho: «L'accordo preventivo concluso fra i coniugi riguardante l'assetto dei rapporti matrimoniali tra essi intercorrenti in caso di divorzio è radicalmente nullo, poiché con esso si limita il loro comportamento processuale in un giudizio concernente "uno status": nella

Según la jurisprudencia italiana, se trata de acuerdos esencialmente válidos, que se basan en el principio de la autonomía privada y que, cuando no se refieran a aspectos esenciales de la separación, son eficaces entre los cónyuges, incluso cuando falta la homologación.

La jurisprudencia distingue entre los pactos que se llevan a cabo en el momento de la separación (a partir de ahora: pactos contextuales), que no se transfieren a la resolución de homologación, y los pactos celebrados después de la resolución de homologación (a partir de ahora: pactos posteriores).

En cuanto a los acuerdos contextuales, se afirma que son plenamente válidos y eficaces, especificando que su contenido no debe ser contrario a los derechos y deberes imperativos del matrimonio (art. 160 Código Civil)<sup>25</sup> y que no pueden afectar al denominado «contenido esencial», pudiéndose limitar por tanto a dictar normas de contenido patrimonial necesarias y adecuadas para el establecimiento de un régimen de vida separado.

En lo que respecta a los acuerdos posteriores, debe hacerse una distinción en función de si su contenido modifica o no lo establecido en la sentencia de separación<sup>26</sup>.

En caso de que el acuerdo posterior se refiera a un aspecto que no se tenga en cuenta en el acuerdo ya homologado y que sea compatible con él, deberá considerarse admisible, siempre que no suponga una violación de los derechos y deberes imperativos del matrimonio. En este supuesto, se dice también que la eficacia de esos acuerdos no requiere siquiera una homologación.

En la hipótesis de que el acuerdo posterior modifique sustancialmente las condiciones de la separación, se afirma que el acuerdo solo es eficaz si prevé una disciplina que asegure una mayor ventaja al interés protegido, mientras que resultará sustancialmente ineficaz si implica una modificación *en pejus*.

---

specie, è nulla la transazione avente ad oggetto il diritto all'assegno divorzile». Igualmente, Cass., 7 de septiemb. de 1995, n. 9416, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio: «L'accordo intervenuto tra i coniugi al momento della separazione di fatto, con cui essi abbiano regolato ogni rapporto patrimoniale e dichiarato di non avere altro da pretendere l'uno dall'altro, non assume rilievo ai fini del riconoscimento dell'assegno di divorzio, essendo sottratto alla disponibilità delle parti il potere di regolare in via preventiva ed autonoma gli effetti patrimoniali del divorzio».

<sup>25</sup> Según Russo, *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 605, el artículo 160 CC It. tiene un ámbito de aplicación general que incluye todas las prestaciones basadas en la solidaridad familiar, que encuentran su supuesto inmediato o mediato en el matrimonio. Desde esta perspectiva, no estaría justificado pensar que la norma puede operar solo en la fase fisiológica de la relación matrimonial y no también en la patológica.

<sup>26</sup> OBERTO, *Fam. dir.*, 2006, p. 152, propone esta distinción: a) acuerdos que modifican las condiciones homologadas; b) acuerdos suplementarios; c) acuerdos destinados a regular, total o parcialmente, las condiciones de una separación jurídica en la que se simulan condiciones diferentes. El autor especifica que, con respecto a la separación, los acuerdos del apartado a) son necesariamente posteriores; los del apartado c) son necesariamente contextuales, mientras que los del apartado b) pueden ser anteriores, contextuales o posteriores.

La nueva orientación de la Corte de Casación italiana, que ha sido reiterada hasta el día de hoy<sup>27</sup>, plantea diversos problemas de interpretación, ya que es necesario establecer cuáles son los derechos y deberes que derivan del matrimonio y, sobre todo, es necesario aclarar cuándo se debe considerar que un acuerdo posterior no modifica el acuerdo de separación<sup>28</sup>.

Más allá de estos problemas, que son principalmente de carácter interpretativo y que han sido resueltos por la jurisprudencia italiana, al considerar admisibles los acuerdos *a latere* que no modifican la sustancia o el equilibrio del acuerdo, o los que constituyen una mera especificación de este, la jurisprudencia se ha mantenido firme en la idea de que los acuerdos *a latere* pueden referirse únicamente al llamado «contenido posible». Por lo tanto, no pueden tener nunca por objeto ni el consentimiento mutuo para vivir separados, ni la custodia de los hijos, ni, lo que es más importante, la pensión compensatoria.

En definitiva, aunque se dice que los acuerdos *a latere* pueden referirse al denominado «contenido posible» del acuerdo de separación y, por lo tanto, a todos aquellos acuerdos de naturaleza patrimonial adoptados con vistas a una vida separada de los cónyuges, se excluye que puedan referirse, sustancialmente, a la pensión compensatoria. En concreto, cualquier acuerdo *a latere* que se lleven a cabo en el momento de la separación, relativo a la pensión compensatoria, se considera siempre ineficaz, mientras que cualquier acuerdo *a latere* posterior, relativo a la pensión compensatoria, solo se estima vinculante si resulta más ventajoso para el cónyuge que recibe la pensión, es decir, solo si el acuerdo prevé el pago de una pensión compensatoria mayor que la establecida en el

<sup>27</sup> Cass., 28 de julio de 1997, n. 7029, en *Leggi d'Italia*; Cass. 11 de junio de 1998, n. 5829, en *Leggi d'Italia*; Cass., 10 de octubre de 2005, n. 20290, en *Leggi d'Italia*; Cass., 24 de octubre de 2007, n. 22329, en *Leggi d'Italia*; Cass., 19 de agosto de 2015, n. 16909, en *Leggi d'Italia*; Cass., 12 de enero de 2016, n. 298, en *Leggi d'Italia*; Cass., 26 de julio de 2018, n. 19847, en *Leggi d'Italia*. Más recientemente, Cass., 7 de mayo de 2019, n. 12023, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio dederecho: «La separazione consensuale è un negozio di diritto familiare avente un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegno di mantenimento ove ne ricorrano i presupposti - ed un contenuto eventuale, che trova solo occasione nella separazione, costituito da accordi patrimoniali del tutto autonomi che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, tanto che "in relazione a questi ultimi, detti patti non sono suscettibili di modifica (o conferma) in sede di ricorso "ad hoc" ex art. 710 c.p.c. o anche in sede di divorzio, la quale può riguardare unicamente le clausole aventi causa nella separazione personale, ma non i patti autonomi, che restano a regolare i reciproci rapporti ai sensi dell'art. 1372 c.c. Va altresì ricordato che i patti di separazione in tanto possono essere omologati in quanto siano conformi ai superiori interessi della famiglia».

<sup>28</sup> BALESTRA, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 290 ss. analiza el caso en el que el acuerdo homologado es el paso final de un procedimiento de simulación, de modo que el acuerdo no homologado actúa como un negocio.

momento de la separación o del divorcio o, en cualquier caso, otras atribuciones patrimoniales a favor del cónyuge<sup>29</sup>.

En esta perspectiva también podemos explicar la orientación jurisprudencial de los Tribunales italianos, que han considerado la nulidad de los acuerdos *a latere* no como absoluta, sino como relativa o, más precisamente, impugnabile solo por la parte en cuyo interés se establece la disciplina patrimonial de la separación o el divorcio. Con la consecuencia de que un posible acuerdo previo o que se llevan a cabo en el momento de la separación, por el que los cónyuges hubieran fijado la cantidad de la pensión alimenticia, sería ineficaz, si fuera invocado por la parte obligada, mientras que sería válido y eficaz, si fuera invocado por la parte con derecho a la pensión compensatoria<sup>30</sup>.

En otras palabras, se ha consolidado la idea de que, dentro de los límites de los derechos establecidos en el artículo 160 CC It.<sup>31</sup>,

<sup>29</sup> Merece ser considerada, en sentido opuesto, aunque haya permanecido sustancialmente aislada, Cass., 30 de enero de 2017, n. 2224, en *Leggi d'Italia*, que, al recordar Cass., 10 de marzo de 2006, n. 5302, ha reafirmado, en contra de la tendencia mayoritaria, este principio de derecho: «Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico - patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio - potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio. La disposizione dell'articolo 5, comma 8, L. divorzio nel testo di cui alla legge 74/1987- a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati *secundum ius*, non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio».

<sup>30</sup> Cass., 14 de junio de 2000, n. 8109, en *Familia*, 2001, p. 243 ss., con nota de G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, «È valido ed è qualificabile come transazione l'accordo tra i coniugi che definisce alcune controversie di natura patrimoniale insorte in occasione della separazione tramite la corresponsione di una somma mensile da parte di uno di essi a favore dell'altro per tutta la vita di questi, ma senza alcun riferimento implícito o esplicito al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti all'eventuale pronuncia di divorzio». Cass., 1º de diciembre de 2000, n. 15349, en *Leggi d'Italia*, «La nullità, per illiceità della causa, degli accordi económicos con cui i coniugi, in occasione della loro separación, fissano il regime del loro futuro ed eventuale divorzio può essere invocada exclusivamente en sede di divorzio, a tutela di chi richiede le prestaciones económicas, nel caso che il coniuge onerato invochi quegli accordi al fine di escludere il diritto dell'altro».

<sup>31</sup> OBERTO, G. *Fam. dir.*, 2012b, p. 85 s.; OBERTO, *Fam. dir.*, 2012a, p. 805 s., ofrece una reconstrucción histórica del artículo 160 del Código Civil, teniendo en cuenta el sistema francés, y concluye, añadiendo argumentos «literales, lógicos y sistemáticos», de que no debe considerarse que la norma en cuestión se refiera a la fase patológica de la relación matrimonial. El argumento me parece poco convincente, porque no me parece que se considere adecuadamente el principio subyacente al artículo 160 CC It. y no me parece que se establezca una ponderación razonable. En mi opinión, la norma del artículo 160 CC It. se aplica tanto a la fase fisiológica como a la patológica de la relación matrimonial. Sin

los cónyuges podrán celebrar todos aquellos acuerdos de naturaleza patrimonial adoptados con vistas a una vida separada<sup>32</sup> e incluso la cantidad de la pensión compensatoria, con la aclaración de que esta determinación sería ineficaz en el caso de que la ejecución sea solicitada por la parte obligada, mientras que sería eficaz en el caso de que la solicite el beneficiario.

Esta orientación jurisprudencial se explica si se considera la función que el ordenamiento jurídico italiano ha atribuido históricamente a la pensión compensatoria, considerada aún en nuestros días como una institución estrechamente vinculada al concepto de solidaridad posmatrimonial<sup>33</sup>.

Por esta razón, considero que cualquier interpretación o modificación normativa que pretendiera atribuir carácter disponible a esta figura, terminaría por afectar al concepto mismo de solidaridad posmatrimonial<sup>34</sup>. En consecuencia, no solo está en discusión un elemento de carácter patrimonial, sino la estructura general del propio sistema familiar. Desde mi punto de vista, sería deseable un cambio en la interpretación de la pensión compensatoria en orden a afirmar su disponibilidad cuando cumple una función equilibradora o compensatoria, sin perjuicio de mantener la indisponibilidad

---

embargo, esta norma no constituye un límite a la posibilidad de celebrar acuerdos prematrimoniales (en sentido contrario, GABRIELLI, *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 700, sino un límite a su contenido, ya que exige, como no podía ser de otra manera, incluso en su ausencia, que los acuerdos no infrinjan los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico italiano y, entre ellos, el principio de solidaridad postmatrimonial y el principio de igualdad entre los cónyuges.

<sup>32</sup> También se aceptó la validez de una transacción realizada por los cónyuges en espera de una sentencia de separación y con el propósito de regular las relaciones patrimoniales. Así, Cass., 3 diciembre 2015, n. 24621, en *Fam. dir.*, 2016, p. 747 ss., con nota de A. CARRATTA, *La Cassazione e gli accordi fra i coniugi in pendenza del giudizio di separazione*.

<sup>33</sup> La solución es diferente en el derecho español, ya que el artículo 97 del Código Civil establece expresamente que la pensión compensatoria es materia disponible. Sobre la naturaleza dispositiva de esta disciplina, por todos, GARCÍA RUBIO, 1995, p. 140 ss. El texto de la norma del artículo 97 me parece bastante claro y en este sentido, entre las primeras sentencias del Tribunal Supremo, debemos considerar, STS (1.ª), 795/1987, de 2 de diciembre, Ponente Eduardo Fernández Cid de Temes, Roj: STS 8855/1987, en cuya motivación se lee: «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente (artículo 142 y siguientes)». Sobre la renuncia a la pensión compensatoria, con argumentos muy convincentes, GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2003, p. 1653 ss.

Cabe señalar, sin embargo, que una minoría de la doctrina española, partiendo del supuesto de que la norma admite una disposición solo después de que haya surgido el derecho a la pensión, considera nulo un acuerdo previo sobre la pensión compensatoria. En este sentido, se dice que sería imposible renunciar a un derecho (así SAP Oviedo. 690/2000, de 12 de diciembre, Ponente M. del Pilar Muriel Fernández-Pacheco, Roj: SAP O 4745/2000) o que tal pacto constituye un ataque a la esencia misma del matrimonio (en esta línea, por ejemplo, (Cabezuelo Arenas, 2004, p. 30)).

<sup>34</sup> AULETTA, *Familia*, 2003, p. 62.

de los alimentos y de la propia pensión compensatoria cuando desempeña una función puramente asistencial<sup>35</sup>.

Más allá de este ámbito concreto de la pensión compensatoria, al que prometo volver, no sin anticipar que, desde mi punto de vista, es apropiada una revisión significativa, los acuerdos de contenido patrimonial que no afectan a la pensión compensatoria se han considerado sustancialmente eficaces.

Desde esta perspectiva, también se han considerado válidos los acuerdos celebrados por los cónyuges antes de la sentencia de separación o divorcio, que implicaban una asignación de bienes. En particular, los tribunales italianos han venido considerando legítima la compensación entre el crédito reclamado por el excónyuge, debido al aumento de la pensión compensatoria ordenado por el juez, y una cantidad previamente abonada al cónyuge beneficiario por el excónyuge obligado a pagar la pensión compensatoria<sup>36</sup>; o el acuerdo, confirmado conjuntamente por los cónyuges en el momento del divorcio, del que se desprende que una transferencia previa de bienes se admite como un pago *una tantum* de la pensión compensatoria<sup>37</sup>. De manera similar, se consideraron válidos los acuerdos relativos a la vivienda asignada a uno de los cónyuges,

<sup>35</sup> La naturaleza de la pensión compensatoria es muy problemática. Aunque la última jurisprudencia italiana ha establecido que la pensión compensatoria tiene un carácter enteramente asistencial (véanse las notas nn. 60 y 61), también en lo que respecta a su contenido reequilibrador-compensatorio, me parece que la solución preferible debería ser muy diferente. Otro es el llamado contenido asistencial, con respecto al cual la naturaleza me parece ser evidente, otro es el contenido reequilibrador-compensatorio, con respecto al cual la naturaleza asistencial me parece que tiene que excluirse. Con la consecuencia de que la pensión compensatoria por la parte destinada a garantizar al cónyuge económicamente más débil el mismo nivel de vida del que disfrutó durante el matrimonio y, por lo tanto, en lo que respecta a su contenido reequilibrador-compensatorio, debe considerarse perfectamente disponible.

<sup>36</sup> Así, Cass., 21 de febrero de 2001, n. 2492, en *Leggi d'Italia*.

<sup>37</sup> Cass. 9 de octubre de 2003, n. 15064, en *Leggi d'Italia*, que ha afirmado este principio de derecho: «ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a pre-determinare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo; è consentito, invece, che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto una tantum con conseguente richiesta il giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo, ma in assenza di tale inequivoca richiesta è inibito al giudice di determinare l'assegno riconoscendone l'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa è l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno (tale regolamento, infatti non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno una tantum potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno), nel qual caso l'accordo è valido per l'attualità, ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possa giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra. (Nella fattispecie la S. C. ha confermato la sentenza di merito la quale, escluso che i coniugi avessero dichiarato l'avvenuta corresponsione una tantum dell'assegno di divorzio in virtù di una precedente operazione di trasferimento immobiliare, aveva proceduto alla determinazione dell'assegno medesimo su richiesta di modifica delle condizioni di cui alla sentenza di divorzio presentata da uno degli ex coniugi)».

en los que el matrimonio pactó la futura venta de la vivienda familiar<sup>38</sup>, o en los que limitó el derecho del cónyuge asignatario a usar la vivienda durante todo el tiempo que durara su convivencia con el hijo mayor de edad<sup>39</sup>. Por último, se consideraron también válidos los acuerdos relativos al cuidados materiales de los hijos, en particular aquel por el que uno de los padres cumplía esencialmente su obligación mediante la transferencia de bienes inmuebles<sup>40</sup>.

Este importante reconocimiento de los acuerdos patrimoniales entre cónyuges destinados a regular su relación con miras a establecer una vida separada ha planteado interesantes problemas de calificación que afectan a los derechos de terceros. Desde este punto de vista, las respuestas ofrecidas por la jurisprudencia italiana, que me parecen compartibles, han terminado básicamente por reforzar la convicción de que la celebración de estos acuerdos no solo es admisible, sino también que está protegida.

En efecto, en cuanto a la posible sujeción de estos acuerdos a la acción de revocación (*ex art. 2901 CC It.*) por parte de los acreedores, la Corte de Casación ha excluido con certeza que se trate de una liberalidad y ha precisado que su trazabilidad dentro de la categoría de actos onerosos o gratuitos depende del caso concreto, debiendo verificar si el acuerdo concreto implica, o no, un arreglo compensatorio de todas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges<sup>41</sup>. Con la importante consecuencia de que gran parte de estos acuerdos se consideran, sin más, onerosos y, por lo tanto, difícilmente sujetos a una acción de revocación por parte de los acreedores.

Por otra parte, la Corte de Casación, tras cierta incertidumbre inicial<sup>42</sup>, ha declarado que la transmisión entre los cónyuges de un inmueble, para cuya adquisición el comprador había disfrutado de beneficios fiscales, no conlleva la pérdida de esos beneficios, ya que dicha transmisión constituye un acto relativo al procedimiento de separación y divorcio y, por tanto, un acto que no puede implicar la

---

<sup>38</sup> Cass., 22 de noviembre de 2007, n. 24321, en *Fam. dir.*, 2008, p. 446, con nota de G. CASABURRI, *Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra i coniugi: ammissibilità e impugnazione*, pp. 450-454.

<sup>39</sup> Cass., 13 de enero de 2012, n. 387, en *Leggi d'Italia*.

<sup>40</sup> Cass., 23 de septiembre de 2013, n. 21736, en *Leggi d'Italia*, ha afirmado este principio de derecho: «La convenzione intervenuta tra i coniugi in sede di separazione consensuale, con la quale essi pattuiscono un trasferimento di beni ai figli a titolo gratuito e in funzione di adempimento dell'obbligo di mantenimento, non è nulla qualora garantisca il risultato solutorio, non essendo in contrasto con norme imperative o con diritti indisponibili».

<sup>41</sup> Cass. 5 de julio de 2018, n. 17612, en *Leggi d'Italia*; Cass., 15 de abril de 2019, n. 10443, en *Leggi d'Italia*.

<sup>42</sup> Cass., 3 de febrero de 2014, n. 2263, en *Leggi d'Italia*, ha afirmado este principio de derecho: «L'attribuzione al coniuge della proprietà della casa coniugale, inadempimento di una condizione inserita nell'atto di separazione consensuale, intervenuta nel quinquennio dall'acquisto integra causa di decadenza dalle agevolazioni fiscali previste per la "prima casa"».



pérdida de los beneficios fiscales obtenidos en el momento de la compra, a menos que la Administración tributaria pueda demostrar que dicha transmisión tenía una finalidad puramente elusiva<sup>43</sup>.

#### IV. PACTOS EN PREVISIÓN DE UNA RUPTURA MATRIMONIAL

Las consideraciones hechas en las páginas anteriores demuestran, sin lugar a duda, la gran importancia que ha adquirido la autonomía privada en la gestión de la crisis familiar<sup>44</sup>. Sin embargo, en los casos examinados, la autonomía privada cobra importancia en un momento en que la crisis del matrimonio ya existe, aunque la pareja no haya iniciado aún los procedimientos de separación o divorcio. En los casos examinados, el acuerdo de los cónyuges es, o bien el requisito previo para la solicitud a petición de ambos cónyuges de separación o divorcio<sup>45</sup>, o bien el instrumento para regular determinados asuntos patrimoniales ya definidos o no definidos expresamente por la resolución de separación y/o divorcio<sup>46</sup>.

Diferente y de mayor interés es el caso en el que los cónyuges quieren regular sus relaciones (especialmente las económicas) en caso de crisis, cuando la crisis no ha surgido o incluso antes de que se celebre el matrimonio<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Cass., 3 de febrero de 2016, n. 2111, en *Leggi d'Italia*; Cass., 17 de febrero de 2016, n. 3110, en *Leggi d'Italia*; Cass., 16 de marzo de 2016, n. 5156, en *Leggi d'Italia*; Cass., 29 de marzo de 2017, n. 8104, en *Leggi d'Italia*; Cass., 21 de septiembre de 2017, n. 22023, en *Leggi d'Italia*. Todas estas decisiones afirman el siguiente principio de derecho: «in tema di agevolazioni “prima casa”, il trasferimento dell’immobile prima del decorso del termine di cinque anni dall’acquisto, se effettuato in favore del coniuge in virtù di una modifica delle condizioni di separazione, pur non essendo riconducibile alla forza maggiore, non comporta la decadenza dai benefici fiscali, attesa la ratio dell’art. 19 della L. 74 del 1987, che è quella di favorire la complessiva sistemazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in occasione della crisi, escludendo che derivino ripercussioni fiscali sfavorevoli dagli accordi intervenuti in tale sede».

<sup>44</sup> TAGLIAFERRI, 2018, p. 175 ss.

<sup>45</sup> GORGONI, 2018, p. 291 ss.

<sup>46</sup> Precisamente con el fin de distinguir los acuerdos prematrimoniales, las capitulaciones matrimoniales y los acuerdos de separación o divorcio, ORTIZ VIDAL, *RJRM*, 2018, p. 72, dice: «los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura se otorgarán, necesariamente, con una antelación suficiente al momento de celebración del matrimonio, mientras que, las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después del enlace y el convenio regulador ha de formalizarse siempre en el momento en el que surge la crisis matrimonial».

<sup>47</sup> Según AGUILAR RUIZ, 2014b, p. 105 ss., AGUILAR RUIZ, 2014a, p. 21 ss., los denominados acuerdos prenupciales pueden dividirse en tres categorías: a) acuerdos celebrados antes del matrimonio y destinados a regular aspectos (derechos y obligaciones) de la pareja; b) acuerdos destinados a regular aspectos de la herencia; c) acuerdos prematrimoniales destinados a regular las consecuencias de una posible ruptura del matrimonio. Se entiende que en este trabajo solo trataré la tercera categoría, prestando especial atención a los perfiles patrimoniales.

No se trata, pues, de acuerdos que regulen las relaciones patrimoniales entre los cónyuges cuando la crisis ya ha surgido, sino de acuerdos en función de una crisis posible y futura<sup>48</sup>, es decir, esa figura, muy difundida en los sistemas de *common law* y conocida como acuerdos prematrimoniales o prenupciales<sup>49</sup> o, aún mejor, pactos en previsión de una ruptura matrimonial (a partir de ahora: pactos prematrimoniales o prenupciales). El contenido de estos acuerdos está fuertemente relacionado con el poder que cada sistema jurídico atribuye al juez en una crisis familiar, ya que generalmente tienen la función de limitar o dirigir este poder<sup>50</sup>. Por esta razón, no es sorprendente que en Italia la historia de los acuerdos prematrimoniales esté fuertemente relacionada con los problemas patrimoniales y, especialmente, con el tema de la pensión compensatoria, es decir, con esa atribución patrimonial que, esencialmente, es establecida por el juez (que determina tanto las condiciones como la cantidad que uno debe abonar al otro).

Con respecto a esta hipótesis, la casuística italiana es mucho menos extensa y la actitud de la jurisprudencia es obviamente mucho más restrictiva.

La arraigada convicción de que la autonomía privada, aunque se manifieste en una fase de crisis del matrimonio, no puede, sin embargo, tener por objeto (el contenido esencial) ni el mutuo consentimiento para vivir separados, ni la custodia de los hijos, ni, perfil más significativo, la pensión compensatoria, ha limitado de forma marcada el ámbito de validez de estos posibles acuerdos prematrimoniales.

---

<sup>48</sup> GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2585 distingue entre los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-20 CCCat) y los pactos que se pueden celebrar para regular de forma anticipada los efectos del cese de la convivencia en una pareja estable (art. 234-5 CCCat). En sede matrimonial se distingue entre los pactos pre-ruptura y los pactos post-ruptura. Los pactos pre-crisis o pre-ruptura se distinguen entre pactos prenupciales y pactos post-nupciales, según sean celebrados antes o después del matrimonio. Los pactos post-ruptura se distinguen entre aquellos que se mantienen fuera del convenio regulador y los que integran el contenido de un convenio regulador.

<sup>49</sup> Para un estudio comparativo amplio y completo, véase, por todos, CERVILLA GARZÓN, 2013, p. 3 ss., que aclara: «a diferencia de lo que podría pensarse, no es esta una materia que goce de una larga tradición en el Derecho estadounidense, pues su admisión no empieza a plantearse hasta 1972, como consecuencia de una sentencia, ya emblemática (caso *Posner v. Posner*), que marca el punto de inflexión e inicia el debate hacia su admisibilidad». CERVILLA GARZÓN, *Diario La Ley*, 2013, p. 1 ss.; CERVILLA GARZÓN, *RDC*, 2017, p. 3 ss.; GASPAR LERA, *InDret*, 2012, p. 3 ss.; SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 2 ss.; FUSARO, *N. G. C. C.*, 2012, p. 475 ss.; FUSARO, 2018, p. 7 ss.

<sup>50</sup> No puede ser una coincidencia, como señala LAS CASAS, *Contratti*, 2013, p. 913 ss., que en la experiencia norteamericana estos pactos tenían un contenido diferente según las reglas del régimen económico matrimonial. En los Estados que aceptaban el modelo de la llamada *community of property*, los pactos tenían la función de modificar el criterio predeterminado de partición de los bienes en proporción de la mitad a cada cónyuge, mientras que en los Estados que aceptaban un modelo de *equitable distribution*, tenían la función de limitar la facultad discrecional del juez.

La jurisprudencia italiana, de hecho, ha negado la validez no solo del acuerdo prematrimonial por el que los cónyuges se proponen resolver todos los aspectos patrimoniales de la crisis, sino también el acuerdo prematrimonial por el que los cónyuges solo acuerdan la pensión compensatoria (los que excluyen la pensión o los que determinan su cuantía o su duración).

Los argumentos en favor de la invalidez de un acuerdo sobre la pensión compensatoria, ya sea para excluirla o para establecer su cuantía y/o el tiempo por el que se debe pagar, son fáciles de adivinar.

No me convence el argumento sobre la indisponibilidad del *status*, según el cual una posible disposición sobre la pensión compensatoria podría afectar a la libertad de los cónyuges con respecto a la disolución del vínculo matrimonial.

En una visión contemporánea de nuestra sociedad, en la que se han eliminado progresivamente todos los obstáculos formales a la igualdad entre hombres y mujeres y en la que se ha producido básicamente, aunque no se puede decir que el camino esté completamente terminado<sup>51</sup>, un reconocimiento igualitario del papel del género tanto dentro como fuera de la familia<sup>52</sup>, no creo que un acuerdo sobre la pensión compensatoria pueda afectar realmente, de una manera u otra, a la libertad de los cónyuges<sup>53</sup> con respecto a la disolución del vínculo<sup>54</sup>. Por lo tanto, el argumento no me parece que tenga un sustento sustancial y su mención por la jurisprudencia más reciente me parece más un homenaje a la tradición o una repetición cansada de una antigua máxima que un argumento eficaz para afirmar la nulidad del pacto.

En el ordenamiento jurídico italiano, hay otras razones que pueden justificar la nulidad de un acuerdo prematrimonial sobre la pensión compensatoria y me parece que ellas se reúnen en torno a dos ideas principales. Una de carácter puramente técnico, y por lo tanto más fácil de superar, que se refiere a la disposición de un

---

<sup>51</sup> Véase el D. L.vo. 11 de abril de 2006, n. 198, llamado Código de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres. Hay muchas otras normas nacionales y supranacionales que no es necesario recordar.

<sup>52</sup> GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2582 s.

<sup>53</sup> HIJAS CID, *La Ley*, 2019, p. 54 s. no está de acuerdo con ninguna de las dos principales objeciones planteadas contra la admisibilidad de los pactos patrimoniales: que afectan a la libertad a contraer matrimonio con plena autonomía, que restringen la libertad de decidir sobre la separación y el divorcio. «En cuanto a la primera, llevada al extremo, impediría otorgar a los cónyuges capitulaciones prenupciales pactando un régimen de separación de bienes y, respecto a la segunda, no puede entenderse como un verdadero obstáculo, dado que, en ocasiones, es el propio legislador el que dificulta la decisión de la separación o divorcio (regulando la pensión compensatoria) y, sin embargo, no se considera que vulnere el principio constitucional de libertad».

<sup>54</sup> Según BARASSI, 1940, p. 153, estos acuerdos eran radicalmente nulos, porque eran inmorales.

derecho futuro<sup>55</sup>, y otra de carácter más sustancial, y por lo tanto mucho más compleja de superar, que se refiere a la función «asistencial» de la pensión compensatoria y al concepto de solidaridad post-matrimonial. Empecemos con la primera.

Un acuerdo prematrimonial por el que los novios y/o los cónyuges establecen una regulación de la pensión compensatoria en caso de crisis acabaría siendo un acuerdo por el que se dispone, a menudo en términos de renuncia, no solo de un derecho futuro y posible, sino, sobre todo, de un derecho cuya determinación, al menos según el marco normativo vigente, depende de variables difíciles de sopesar de antemano, como por ejemplo, la condición de los cónyuges y sus ingresos en el momento de la crisis, la duración del matrimonio, la contribución personal y económica de cada uno a la gestión de la familia y la contribución de cada uno a la formación del patrimonio común. Se trataría, pues, de una renuncia previa a un derecho futuro<sup>56</sup> o, más exactamente, de la disposición de un derecho futuro cuya existencia y alcance depende de variables absolutamente indeterminadas y no especificadas en el momento en que se realiza el acto de disposición.

Este argumento, que también sugiere que la validez de este acuerdo debe evaluarse con gran cautela, considerado por sí solo, no me parece, sin embargo, técnicamente capaz de excluir su validez. El ordenamiento jurídico italiano, en la medida en que evalúa con especial cautela los actos de disposición de derechos futuros (véanse, por ejemplo, los artículos 458 y 771 CC It.), no excluye de raíz su validez (véanse, por ejemplo, los artículos 820, 1348, 1472, 1938 y 2823 CC It.), refiriéndose, esencialmente, a las evaluaciones que conciernen a los méritos del negocio, proporcionando, si es necesario, cierta cautela en relación con la futuridad del crédito.

En definitiva, me parece que el argumento basado en la renuncia previa a un derecho futuro e indeterminable en el momento de la disposición, que es un argumento difícil, no permite, por sí solo, excluir la invalidez del acuerdo, ya que es bien posible identificar una justificación adecuada para ello.

Más problemático de superar, sin embargo, es el argumento que ha recurrido a la función asistencial de la pensión compensatoria.

<sup>55</sup> COPPOLA, 2005, p. 3 ss.; BARBA, 2008, p. 239 ss.

<sup>56</sup> COPPOLA, 2005, p. 212 ss. Con referencia al derecho español, GARCÍA RUBIO, ADC, 2003, p. 1662: «Tal argumentación parte de una petición de principio contradictoria con la regla dimanante del artículo 1271.1 del Código Civil ... Tampoco se coherencia con el artículo 6.2 del mismo cuerpo legal del que se deriva el principio general de renunciabilidad de los derechos, cuya expresa excepción no depende de la condición futura del derecho renunciado, sino de que tal renuncia contraría el interés o el orden público o perjudique a tercero».

Al final de un largo y difícil camino, que comenzó en 1990<sup>57</sup>, continuó en 2015<sup>58</sup> y 2017<sup>59</sup> y, finalmente, se detuvo provisionalmente con la decisión de las Secciones Unidas de la Corte de Casación en 2018<sup>60</sup>, se ha establecido y reforzado la idea de que la pensión

<sup>57</sup> Cass., Sez. Un., 29 de noviembre de 1990, n. 11490, en *Foro it.*, 1991, I, 1, p. 67 ss., con nota de E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, y de V. Carbone, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; Cass., SS. UU., 29 novembre 1990, n. 11492, en *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1410 ss., con nota de P. COLELLA, *La Cassazione «riflette» en tema di assegno divorzile*. Queste due sentenze modificano l'orientamento fino ad allora prevalente ed espresso, da ultimo da Cass., 2 marzo 1990, n. 1652, en *Dir. fam.*, 1990, I, p. 437 ss., con nota de G. NAPPI, *Assegno divorzile e principio di solidarietà postconiugale*, e di F. Dall'Ongaro, *L'art. 10 della legge 74/87 ed il dissidio sul concetto di mezzi adeguati*; en *Foro it.*, 1990, I, c. 1165 ss., con *Osservazioni* di F. Macario e nota de E. Quadri, *La Cassazione «rimedita» il problema dell'assegno di divorzio*; en *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 925 ss., con nota de S. SOTGIU, *Il concetto di «adeguatezza dei mezzi» nell'attribuzione dell'assegno di divorzio*; en *Corr. giur.*, 1990, p. 459 ss., con nota de V. CARBONE, *Il «tenore di vita» del coniuge divorziato*; en *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2390 ss., con nota de A. SPADAFORA, *Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno di divorzile nell'ottica assistenzialistica della riforma del 1987*. Su questa sentenza, anche, le osservazioni critiche di (Bianca, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, 1990, p. 537 ss.).

<sup>58</sup> Corte cost., 11 de febrero de 2015, n. 11, en *Fam. dir.*, 2015, p. 537 ss., con nota de E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoreponsabilità*.

<sup>59</sup> Cass., 10 de mayo de 2017, n. 11504, en *Fam. dir.*, 2017, p. 636 ss., con nota de E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale*, *ivi*, p. 642 ss.; en *Quotidiano giur.*, 2017, 7 ss., con notas de F. Tommaseo, *La Prima Sezione sui criteri per stabilire an e quantum dell'assegno divorzile: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione?* e di Scalera, *Assegno divorzile: l'indipendenza economica del coniuge è il nuovo parametro di riferimento*; en *Dir. succ. fam.*, 2017, con nota de F. VITERBO, *L'an e il quantum dell'assegno di divorzio: una valutazione da effettuare in concreto*; en *Foro it.*, 2017, I, c. 1859 ss., con notas de G. Casaburri, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico*, de C. Bona, *Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti*, e di A. Mondini, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide «in autonomia»*. *Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*. Cfr: BIANCA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.; SPADAFORA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.; BARBA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.

<sup>60</sup> Cass., Sez. Un., 11 de julio de 2018, n. 18287, en *Fam. dir.*, 2018, p. 1019, con nota de E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*; en *Giustiziacivile.com*. 24 luglio 2018, con nota de E. AL MUREDEN, *Parità tra coniugi e funzione perequativa dell'assegno divorzile dopo la decisione delle Sezioni Unite*; en *Giustiziacivile.com*. 24 luglio, con nota de L. BALESTRA, *L'assegno divorzile sotto la lente delle Sezioni Unite*; en *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1857, con nota de G. F. BASINI, *Le sezioni unite ripensano i criteri di attribuzione, e rideterminano la funzione, dell'assegno post-matrimoniale*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1601, con nota de C. BENANTI, *La «nuova» funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*; en *Fam. dir.*, 2018, p. 955, con nota de C. M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*; en *Foro it.*, 2018, p. 2703, con nota de M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?* (Nota a Cass. 11 luglio 2018, n.18287, e 27 giugno 2018, n. 16982); en *Foro it.*, 2018, p. 2699, con nota de G. CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»* (Nota a Cass. 11 luglio 2018, n. 18287, e 27 giugno 2018, n. 16892); en *Dirittoegustizia.it*, 2018, con nota de A. DI LALLO, *Non tutti i matrimoni sono uguali. Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: la rilevanza del contributo dell'ex coniuge alla famiglia*; en *Foro it.*, 2018, p. 3615, con nota de A. MORACE PINELLI, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite* (Nota a Cass. 11 luglio 2018, n. 18287); en *Corr. giur.*, 2018, p. 1186, con nota de S. PATTI, *Assegno di divorzio: il «passo indietro» delle sezioni unite*; en *Giur. it.*, 2018, p. 1843, con nota de C.

compensatoria tiene una función asistencial, aunque está compuesta, también, por un contenido reequilibrador y compensatorio<sup>61</sup>.

De acuerdo con esta orientación, se afirma que la pensión compensatoria se debe cuando uno de los cónyuges no tiene medios adecuados (para conservar el mismo nivel económico de que gozaba durante el matrimonio) o se encuentra en una imposibilidad objetiva de obtenerlos, en el entendimiento de que esa insuficiencia y/o imposibilidad no puede prescindir del análisis de las características y la distribución de las funciones en el seno de la familia. Desde esta perspectiva, se dice que la pensión compensatoria sirve para igualar el desequilibrio económico y patrimonial que es atribuible etiológicamente a las opciones de vida en común de los cónyuges, los roles endofamiliares, en relación con la duración del matrimonio y la edad de los cónyuges<sup>62</sup>.

Según esta interpretación, que ciertamente mitiga la solución adoptada por la Corte de Casación en 2017, pero que, en cualquier caso, va más allá y debilita la orientación anterior de 1990, es evidente que la pensión compensatoria es un instrumento mediante el cual el ordenamiento jurídico pretende realizar y aplicar la solidaridad postmatrimonial<sup>63</sup>.

La jurisprudencia italiana es firme en esta opinión contraria, aunque yo creo que la pensión compensatoria, en su contenido reequilibrador y compensatorio, no tenga ninguna función asisten-

---

RIMINI, *Assegno divorzile - il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; en *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 897, con nota de G. SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*.

<sup>61</sup> En uno de los pasos más significativos de los fundamentos de derecho de Cass., Sez. Un., 11 de julio de 2018, n. 18287, *cit.*, se lee: «ne consegue che la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà e che conduce al riconoscimento di un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza, secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente». Ponendo in rilievo che «il criterio individuato proprio per la sua natura composita ha l'elasticità necessaria per adeguarsi alle fattispecie concrete perché, a differenza di quelli che si sono in precedenza esaminati non ha quelle caratteristiche di generalità ed astrattezza variamente criticate in dottrina». Con la conseguenza di riuscire a ad adattarsi alla molteplicità dei casi e dei «modelli familiari».

<sup>62</sup> No me convence la idea de que la pensión compensatoria también tiene una función asistencial en su contenido reequilibrador-compensatorio. Véase nota n. 35. En este sentido PALAZZO, *Giust. civ.*, 2017, p. 132, que afirma: «se il coniuge che è autosufficiente economicamente, avendo una propria dignitosa attività lavorativa fonte di reddito, intenda rinunciare, al fine di definire i rapporti della crisi coniugale, a quel più elevato tenore di vita di cui ha potuto usufruire in costanza di convivenza matrimoniale in forza delle maggiori capacità reddituali dell'altro coniuge, non è dato rinvenire una valida ragione giustificatrice per negarlo, salvo il diritto alla corresponsione degli alimenti».

<sup>63</sup> AULETTA, *Familia*, 2003, p. 62

cial, de ahí que tendría que, al menos por la parte reequilibradora y compensatoria, considerarse libremente disponible.

De la afirmación jurisprudencial del carácter enteramente asistencial de la pensión compensatoria se desprende que cada renuncia o disposición hecha ante la crisis de la pareja podría, en esencia, terminar por socavar la aplicación del principio de solidaridad.

Esto no implica que tal solución no pueda plantearse, sino solo que para su realización es oportuna una clara intervención normativa, ya que todo intento interpretativo de signo distinto es demasiado frágil al basarse o bien en una interpretación antiliteral de la norma, fácil de ser contrastada por parte de la jurisprudencia, o bien en principio de libre determinación de los intereses entre los cónyuges, que no basta según la jurisprudencia italiana para justificar la admisibilidad de un acuerdo prematrimonial sobre la pensión compensatoria.

Desde esta perspectiva, creo que debe ser leída la jurisprudencia italiana cuando declara nulo cualquier acuerdo relativo a la pensión compensatoria (ya sea en función de la regulación de una crisis familiar ya surgida o en función de una crisis solo posible y futura).

Desde mi punto de vista propondría una interpretación muy restrictiva de la pensión compensatoria (y, por lo tanto, mucho menos amplia que la última propuesta por las Secciones Unidas de la Corte de Casación de 2018, y similar a la que hizo la Corte de Casación de 2017<sup>64</sup>) y, una nueva disciplina sobre esta figura más necesaria que nunca<sup>65</sup>. Esa disciplina tiene que establecer claramente que el carácter asistencial de la pensión compensatoria no puede relacionarse con su perfil compensatorio y/o reequilibrador y, en consecuencia, permitir a los cónyuges disponer, incluso antes de que se celebre el matrimonio, las consecuencias personales y patrimoniales que deben seguir a una futura e hipotética crisis. Tal disciplina, aunque acompañada de una serie de precauciones que me propongo ilustrar, me parece apropiada e indispensable, también a la vista de la situación actual, por lo que me parece que nuestro ordenamiento jurídico debe proceder de manera convincente y rápida en esta dirección.

Para ello, creo que sería útil considerar la experiencia comparada dimanante de la doctrina del Tribunal Supremo español, que, ante un tejido normativo no muy diferente del de Italia, llega a conclusiones sustancialmente distintas.

---

<sup>64</sup> BARBA, *Giustizia civile.com*, 2017, p. 1 ss.

<sup>65</sup> En el sentido de admitir también la disponibilidad de la pensión compensatoria, OBERTO, 1999, p. 387 ss.; OBERTO, *Fam. dir.*, 2003, p. 495 ss. OBERTO, 2006, p. 352; AL MUREDEN, *Familia*, 2002, p. 990 ss.

En su primera y importante sentencia sobre el asunto<sup>66</sup>, el Tribunal afirma la validez de un acuerdo prematrimonial en el que los cónyuges habían acordado «que en el supuesto hipotético, de que su relación se deteriorara, y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Cecilio abonará a la Sra. Tomasa, por todos los conceptos, y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos (1.200) euros. En el supuesto de producirse dicha separación la cantidad mensual antes mencionada se actualizará anualmente por aplicación del IPC».

El Tribunal Supremo afirma la validez de este pacto, descartando la existencia de una norma expresa de prohibición y precisando que ese pacto no implica una violación del principio de igualdad entre los cónyuges ni un perjuicio para los intereses de los menores<sup>67</sup>. En última instancia, afirma la validez del pacto porque: no supone una renuncia a los derechos; no es contrario a la ley, a la moral o al orden público; no queda su cumplimiento al arbitrio de uno de los cónyuges, ni presupone el fomento de la crisis; no queda cuestionada la igualdad entre los cónyuges; no infiere una situación de abuso de uno de los cónyuges con respecto al otro; no es un pacto sobre la pensión compensatoria, sino sobre una renta vitalicia mensual; no se dan las condiciones para que se aplique la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta decisión se confirma sustancialmente en dos sentencias posteriores en 2018<sup>68</sup>.

La primera<sup>69</sup> afirma la validez de un acuerdo prematrimonial, celebrado seis meses antes de la celebración del matrimonio, en virtud del cual los cónyuges, uno español y otra rusa, acordaron que en caso de separación o divorcio nadie reclamaría una pensión compensatoria y que el uso de la vivienda familiar correspondería,

<sup>66</sup> STS (1.ª. 392/2015 de 24 junio, Ponente: F. J. Arroyo Fiestas, Roj: STS 2828/2015. Antes de esta sentencia es apropiado señalar STS (1.ª. 217/2011 de 31 de marzo, Ponente: Encarnación Roca Trías, ROJ: STS 2158/2011, que admitió la validez del pacto, aunque fue concluido después de la crisis matrimonial. Véase las consideraciones de QUICIOS MOLINA, *CCJC*, 2016, p. 191 ss.

<sup>67</sup> En los fundamentos de derecho de la sentencia se lee: «de lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el artículo 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el artículo 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia».

<sup>68</sup> CERVILLA GARZÓN, *Diario La Ley*, 2018, p. 1 ss.; RODRÍGUEZ GUITIÁN, *CCJC*, 2019, p. 261 ss.

<sup>69</sup> STS (1.ª. 315/2018 de 30 de mayo, Ponente: F. J. Arroyo Fiestas, Roj: STS 1925/2018.



en todo caso, al marido, propietario del bien<sup>70</sup>. El Tribunal Supremo, tras especificar que la cónyuge rusa podía entender perfectamente el significado del acuerdo, descartó que el mismo fuera contrario al orden público o que vulnerara la igualdad, la libertad y la dignidad de la mujer<sup>71</sup>.

La segunda sentencia<sup>72</sup> afirma la validez de un acuerdo prenupcial por el cual los cónyuges habían establecido previamente su contribución mutua al cuidado de los hijos menores<sup>73</sup>, especificando que dicho acuerdo será válido siempre y cuando no sea contrario al interés superior del menor<sup>74</sup> o de los menores interesados<sup>75</sup>.

Me parece, pues, que la experiencia española<sup>76</sup> debe ser tomada en la máxima consideración no solo porque las disciplinas existentes en Italia y España en esta materia son muy similares, sino, sobre todo, porque demuestra que la aplicación del principio de solidaridad postmatrimonial puede ser interpretado de manera diferente y no debe implicar la nulidad de los acuerdos prematrimoniales y, en todo caso, que una revisión de la disciplina es muy apropiada y necesaria.

<sup>70</sup> Según la sentencia, el pacto tenía el siguiente contenido: «que para el supuesto de separación o divorcio ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal que se fija en Valencia, PLAZA000 NUM000, puerta NUM001, cuyo uso corresponderá al Sr. José Miguel, renunciando expresamente Dña. Gloria al uso y posesión del mismo en el supuesto de separación o divorcio, al tener carácter privativo del esposo, compensando, si fuera procedente, la atribución del uso con el alquiler de una vivienda adecuada, en el caso de que hubiera hijos comunes de los que se le atribuyera la custodia para su ocupación por Dña. Gloria, y los menores a su cargo».

<sup>71</sup> Se lee en los fundamentos de derecho de la sentencia: «de lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución). En base a todo ello no puede entenderse infringida la doctrina jurisprudencial recogida en sentencia 392/2015, de 24 de junio, recurso núm. 2392/2013».

<sup>72</sup> STS (1.ª. 569/2018 de 15 de octubre, Ponente: E. Baena Ruiz, Roj: STS 3485/2018.

<sup>73</sup> Véase, sobre el tema, CERVILLA GARZÓN, *La Ley DF*, 2016, p.1 ss.

<sup>74</sup> En los fundamentos de la sentencia se lee: «los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el artículo 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores».

<sup>75</sup> Afirma RODRÍGUEZ GUTIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 111, que la diferencia entre las dos primeras sentencias y la tercera está en que en las dos primeras los pactos crean *ex novo* un derecho a favor de uno de los cónyuges que no está previsto por el legislador (constitución de una renta vitalicia a favor de la novia sin que exista un desequilibrio patrimonial ni una situación de necesidad); en la tercera, en cambio, el pacto tiene por objeto la renuncia a los derechos reconocidos por la disciplina sobre la ruptura matrimonial (pensión compensatoria del art. 97 CC y atribución del uso de la vivienda familiar del art. 96 CC).

<sup>76</sup> SILLERO CROVETTO, *RCDI*, 2018, p. 2793, y SILLERO CROVETTO, 2018, p. 400, afirma que, a falta de prohibición, los acuerdos prenupciales son válidos cuando: a) cumplen los requisitos de validez de los contratos en general; b) garantizan y protegen la igualdad entre los cónyuges; c) garantizan y protegen los intereses de los menores, en su caso.

En Italia hace falta, de modo similar a lo que ha pasado en España, afirmar que el principio de solidaridad posmatrimonial que, por lo que concierne a lo patrimonial, se refiere únicamente al pago de una pensión de naturaleza únicamente asistencial<sup>77</sup>, que sirva solo para satisfacer las necesidades básicas del cónyuge que no dispone de medios suficientes; cualquier otra atribución patrimonial, aunque sea periódica, con función equitativa o reequilibradora o punitiva, aunque sea atribuible a las elecciones de los cónyuges, es de carácter dispositivo y, por lo tanto, puede ser objeto de un acuerdo entre los cónyuges<sup>78</sup>. Me parece que esta es la única forma de hacer que el derecho matrimonial italiano sea coherente con las necesidades que surgen en la época contemporánea, sin renunciar al respeto del principio de solidaridad.

## **V. ACUERDOS DISCRIMINIS FAMILIAE CAUSA Y POST DISCRIMEN FAMILIAE**

Frente a una tendencia de cierre firme de la jurisprudencia italiana sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales que regulan la crisis familiar o de los que solo regulan la pensión compensatoria, hubo dos interesantes sentencias de la Corte de Casación que han afirmado la validez de unos acuerdos prenupciales, que regulaban determinados perfiles patrimoniales.

Aunque las reacciones de una parte de la doctrina italiana han sido particularmente entusiastas, me parece que su importancia debe reducirse sustancialmente, ya que, como trataré de aclarar, se trata de decisiones que, en definitiva, no admiten la validez de un acuerdo matrimonial en función de la crisis matrimonial, sino, más sencillamente, la validez de un contrato entre cónyuges cuya eficacia está condicionada a que se produzca la crisis matrimonial.

---

<sup>77</sup> De lo contrario, se corre el riesgo de que el cónyuge económicamente «débil» renuncie al subsidio de manutención y, posteriormente, solicite el llamado subsidio social que debe pagar el Estado. La hipótesis, sin embargo, es decidida, en sentido contrario, por dos tribunales italianos, el primero de los cuales ha negado la prestación, mientras que el segundo ha admitido al solicitante, suponiendo que el «Instituto Nacional de Seguridad Social» no puede investigar las razones que llevaron al cónyuge a renunciar a la prestación. Para información sobre esta jurisprudencia, véase DI FEO, *Lav. giur.*, 2015, p. 297 ss.

<sup>78</sup> Hay que considerar que la naturaleza de la pensión compensatoria prevista por la ley italiana, precisamente por su función híbrida, es diferente de la pensión compensatoria regulada por el derecho común español, mientras que es muy similar a la regulada por el derecho civil catalán. Desde este punto de vista, creo que la experiencia catalana puede ayudar y ofrecer argumentos útiles para afirmar en Italia la disponibilidad de la pensión cuando no tiene una función alimenticia. V. GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2611, «la ley otorga a la prestación compensatoria una naturaleza híbrida, compensatoria y asistencial, y en la parte en que cumple esta última función es irrenunciable».

Podría decirse, tomando prestado el lenguaje típico del derecho de sucesiones, que distingue, para limitar la prohibición de los pactos sucesorios, entre negocios *mortis causa* y contratos *post mortem*<sup>79</sup>, que esa jurisprudencia ha introducido, para limitar la interpretación mayoritaria restrictiva, entre los acuerdos *discriminis familiae causa* y los acuerdos *post discrimen familiae*, declarando la nulidad de los primeros y la validez de los segundos. Se afirma, así, la nulidad de los acuerdos *crisis familiae causa*, es decir, aquellos acuerdos en los que la crisis de la familia connota funcionalmente el contrato y la validez de los acuerdos *post discrimen familiae*, es decir, aquellos acuerdos en los que la crisis familiar representa la ocasión para la producción del efecto; aquellos contratos en los que el efecto final, a través de una condición o un término, se aplaza hasta el momento de la crisis.

El análisis de los dos casos, decididos por la Corte de Casación, ayuda a comprender lo que acabo de señalar.

El primer caso se remonta a una decisión de la Corte de Casación de 2012<sup>80</sup>, en la que se afirmaba la validez de un contrato por el que los novios habían establecido que, en caso de crisis familiar, es decir, de separación o divorcio, la esposa transferiría a su marido una propiedad que le pertenecía, como compensación por los gastos incurridos por el marido para la renovación de otra propiedad perteneciente a su esposa, que los novios habrían utilizado como vivienda matrimonial.

En esta decisión, la Corte de Casación afirma la validez del acuerdo, tras recordar que «en Italia, la jurisprudencia se orienta a considerar que tales acuerdos, celebrados antes del matrimonio o tal vez durante la separación consensual, y con vistas a un futuro divorcio, son nulos y sin efecto porque están en conflicto con los principios de indisponibilidad de los *status* y de la pensión compensatoria (por todos, Cass, n. 6857 de 1992)»<sup>81</sup>, que tales acuer-

<sup>79</sup> Véase, BARBA, 2015, p. 3 ss.

<sup>80</sup> Cass., 21 de diciembre de 2012, n. 23713, en *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 258, con nota de I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 10442, con nota de B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra «causa genetica» ed «evento condizionale» del contratto*; en *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 893, con nota de I. MARGELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Corte di Cassazione*; en *Fam. dir.*, 2013, p. 321, con nota de G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemachine*; en *Studium iuris*, 2013, p. 586, con nota de F. OLIVIERO, *Accordi prematrimoniali (Commento a Cass. civ., sez. I. 21/12/2012, n. 23713)*; en *Corr. giur.*, 2013, p. 1563, con nota de F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia. Cassazione civile, sez. I. 21 dicembre 2012, n. 23713*; en *Contratti*, 2013, p. 221, con nota de E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*; en *Fam. dir.*, 2013, p. 843, con breve nota de A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*.

<sup>81</sup> Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

dos «muy frecuentes en otros Estados, en particular los de cultura anglosajona, [...] cumplen una función fructífera de desinflado de los litigios familiares y de divorcio»<sup>82</sup>, y, por último, que esta orientación restrictiva es «criticada por la doctrina, ya que no tendría en cuenta adecuadamente... los principios del sistema jurídico, orientado ahora a reconocer una autonomía cada vez más amplia a los cónyuges en la determinación de sus relaciones económicas, incluso después de la crisis matrimonial»<sup>83</sup>.

Al afirmar la validez de ese contrato, la Corte de Casación excluye que se trate de un acuerdo prematrimonial, precisando que se trata de un contrato en el que «el fracaso del matrimonio no se considera una causa genética del acuerdo, sino que se degrada a un mero acontecimiento condicional»<sup>84</sup>. Se afirma, por tanto, que se trata de una *datio in solutum*<sup>85</sup>, vinculada a los gastos incurridos por uno de los cónyuges para la acomodación de un bien utilizado como vivienda matrimonial, y por tanto «un acuerdo entre las partes, expresión libre de su autonomía de negociación, que es, además, ajeno a la categoría de los acuerdos prematrimoniales (que pretenden regular toda la estructura económica entre los cónyuges o un perfil relevante) y que se caracteriza por prestaciones y contraprestaciones entre ellos proporcionales»<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

<sup>83</sup> Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

<sup>84</sup> Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

<sup>85</sup> En los fundamentos de derecho de Cass., 21 de diciembre de 2012, n. 23713, se lee: «ai sensi dell'art. 1197 c.c. il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, salvo che il creditore vi consenta; l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita. Nella specie, il trasferimento di immobile può sicuramente costituire adempimento, con l'accordo del creditore, rispetto all'obbligo di restituzione delle somme spese per la sistemazione di altro immobile, adibito a casa coniugale. La condizione, nella specie sospensiva (il "fallimento" del matrimonio) non può essere meramente potestativa ai sensi dell'art. 1355 c.c., e cioè dipendere dalla mera volontà di uno dei contraenti [...] La condizione neppure può porsi in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico, il buon costume (in tal caso renderebbe nullo il contratto, ai sensi dell'art. 1354 c.c.). Dunque, nulla sarebbe una condizione contraria all'art. 160 c.c., sopra indicato. E tuttavia, nella specie, essa appare pienamente conforme a tale disposizione, ove si consideri che in costanza di matrimonio (e prima della crisi familiare) opera tra i coniugi il dovere reciproco di contribuzione di cui all'art. 143 c.c.; il linguaggio comune spiega il significato ad esso attribuito dal legislatore, è la parte che ciascuno conferisce, con cui si concorre, si coopera ad una spesa, al raggiungimento di un fine. Con la contribuzione, si realizza dunque il soddisfacimento reciproco dei bisogni materiali e spirituali di ciascun coniuge, con i mezzi derivati dalle sostanze e dalle capacità di ognuno di essi. Può sicuramente ipotizzarsi che, nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, sul loro accordo, una sorta di quiescenza, una "sospensione" appunto, che cesserà con il "fallimento" del matrimonio, o con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri o diritti coniugali».

<sup>86</sup> Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

La decisión, aunque puede considerarse de gran interés, no es, en mi opinión, muestra de la apertura de la jurisprudencia italiana a los acuerdos prematrimoniales, cuya nulidad se reafirma y confirma, sino la simple afirmación de la validez de un acuerdo en el que se supone que la crisis familiar es un evento condicionante. En otras palabras, según mi criterio, la verdadera importancia de la sentencia es haber afirmado que la crisis familiar puede ser inferida como evento de una condición.

En realidad, me parece que con esta sentencia inauguramos una temporada dispuesta a afirmar la validez de los acuerdos *post dis-crimen familiae*, es decir, los contratos con los que los novios o los cónyuges regulan un único aspecto patrimonial (que no puede en ningún caso referirse a la pensión compensatoria) bajo la condición suspensiva de la crisis familiar. Un acuerdo, por lo tanto, que no tiene ni puede cumplir la función propia de los acuerdos prematrimoniales<sup>87</sup>, que tienen la aspiración de dictar una regulación completa de las relaciones (al menos patrimoniales) entre los cónyuges para el tiempo después de la crisis familiar.

En el mismo sentido, está la decisión de la Corte de Casación de 2013<sup>88</sup>, que básicamente repite el razonamiento de la decisión anterior. El caso se refería a un acuerdo de préstamo entre los cónyuges, en el que la obligación de reembolsar la cantidad prestada estaba sujeta a la condición suspensiva del futuro e incierto acontecimiento de la separación.

En este caso, la Corte de Casación descartó que se tratara de un acuerdo prematrimonial y declaró que era simplemente un típico contrato de préstamo bajo condición. En apoyo de la validez de la condición, afirma: «como es bien sabido, de conformidad con el artículo 1354, 1, CC, el contrato al que se adjunta una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, es nulo. Sin embargo, en opinión de esta Corte, esta hipótesis no se aplica en el presente caso, en el que la condición suspensiva es legítima. Aunque es un hecho común que «la entrega o el préstamo de dinero entre los cónyuges tiene lugar generalmente en el marco de la confidencialidad

---

<sup>87</sup> Véase las interesantes consideraciones de Russo, *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 566 s., que señala que la identificación de los acuerdos prematrimoniales solo puede depender de su función y que el problema que plantean no es solo de legalidad, sino también de merecimiento de protección jurídica. Mediante la lectura del artículo 160 CC It., que tiene en cuenta el principio de solidaridad, el autor excluye la validez de los acuerdos prematrimoniales sobre la pensión compensatoria, la vivienda, la guardia y la custodia de los hijos.

<sup>88</sup> Cass., 21 de agosto de 2013, n. 19304, en *Notariato*, 2014, p. 418, con nota de R. MARINI, *In tema di restituzione condizionata della somma mutuata - il commento*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 10094, con nota de E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

de la vida familiar» (sentencia n.º 12551, de 28 de mayo de 2009), no existe ninguna norma imperativa que impida a los cónyuges, antes o durante el matrimonio, reconocer la existencia de una deuda con el otro y subordinar su reembolso al futuro e incierto acontecimiento de la separación conyugal (véase, aunque en relación con un caso diferente, la sentencia n.º 23713, de 21 de diciembre de 2012). Tampoco se trata en este caso de un contrato atípico - respecto del cual se plantearía la obligación de verificar la existencia de un interés digno de protección en virtud del párrafo 2 del artículo 1322 del Código Civil italiano - porque la condición se ha vinculado, como ya se ha dicho, a un contrato de préstamo»<sup>89</sup>.

Por último, la Corte de Casación excluye que tal acuerdo «pueda dar lugar a presiones psicológicas sobre el cónyuge deudor con el fin de desincentivar su libertad de elección para la separación ... y que, aunque existiera, no daría lugar por sí mismo a la nulidad de un contrato como el que se examina»<sup>90</sup>.

Sobre la base de esta orientación, que sin duda marca una apertura significativa, el tribunal de Bolonia<sup>91</sup> excluyó la validez de un contrato, celebrado por dos ciudadanos extranjeros, que formaba parte integrante de su acto matrimonial (y, por lo tanto, como tal, ciertamente definible como un acuerdo matrimonial celebrado en el extranjero), por medio del cual el marido se obligaba a transferir a su esposa, en caso de crisis familiar, la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

En este caso, la nulidad del acuerdo no está relacionada con su contenido patrimonial, que tiene un alcance particularmente amplio, en el sentido de que parece ser la regulación global de la situación patrimonial resultante de la crisis familiar, sino con la forma de ese acuerdo matrimonial.

La cuestión se cruza, pues, con asuntos propios del derecho internacional privado, ya que se trata de una capitulación matrimonial suscrita en un país extranjero por un ciudadano que también tiene la ciudadanía italiana y cuya ejecución, según el derecho internacional privado, debe tener lugar en Italia.

La afirmación de la invalidez del acuerdo habría implicado, aunque en la decisión el perfil permanece en segundo plano, un análisis de la posible contrariedad del contrato extranjero al orden público internacional italiano<sup>92</sup>. En esta perspectiva, se debería

<sup>89</sup> Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

<sup>90</sup> Esta es una traducción, casi literal, de algunos de los fundamentos de derecho de la sentencia.

<sup>91</sup> Trib. Bolonia. 5 de febrero de 2014, en *Leggi d'Italia*.

<sup>92</sup> A este respecto, más ampliamente, las consideraciones del párrafo n. 7.

haber tenido en cuenta el llamado orden público internacional atenuado, advirtiendo que la evaluación de la conformidad con el ordenamiento jurídico italiano debe medirse de manera diferente cuando se trata de reconocer la eficacia de un acto jurídico extranjero realizado por ciudadanos italianos o por ciudadanos extranjeros residentes en Italia<sup>93</sup>.

Desde esta perspectiva, la decisión de afirmar la nulidad del acuerdo se basa en la convicción de que se trata de una capitulación matrimonial y, sobre todo, en la convicción de que es un acuerdo en el que la crisis de la familia, lejos de ser un mero acontecimiento que afecta a la eficacia del acto, asume, más bien, una cierta importancia causal. No es un contrato *post discrimen familiae*, sino un contrato *crisis familiae causa*.

En definitiva, me parece que esta orientación de la jurisprudencia, que también muestra cierta apertura en cuanto a la regulación de ciertos perfiles económicos entre los cónyuges en caso de crisis familiar, no es suficiente para afirmar la validez de los pactos prematrimoniales. La validez de esos acuerdos no requiere una interpretación antiliteral, ni una interpretación por principios, sino, más bien, una ley reguladora. Una tal ley me parece necesaria y urgente, ya que en nuestra época es una necesidad muy sentida, coherente con los cambios en el sistema familiar ya realizados y en continuo desarrollo y, sobre todo, capaz de reducir significativamente el conflicto jurídico de la crisis familiar.

De hecho, es bien sabido que la mayoría de las controversias inherentes a la crisis familiar encuentran su punto más crítico precisamente en la regulación de los asuntos patrimoniales<sup>94</sup>. Por lo tanto, una reforma en este sentido me parece muy deseable, también para lograr una deflación del fenómeno de los litigios, aunque es innegable que estos pactos imponen al intérprete el difícil y habitual problema de la conexión entre autonomía y heteronomía<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> En este sentido, véase Cass., 3 de mayo de 1984, n. 2682, que descartó que un acuerdo prematrimonial de dos ciudadanos estadounidenses, casados en el extranjero y residentes en Italia, válido según su ley, pudiera considerarse contrario al orden público internacional italiano. Obviamente es una aplicación del orden público internacional atenuado, por lo que es dudoso que la solución fuera la misma de tratarse de ciudadanos italianos. Y en este sentido, véase la mencionada sentencia del Trib. Bologna. 5 de febrero de 2014.

<sup>94</sup> Me parece significativo, también desde una perspectiva comparativa, que AGUILAR RUIZ, 2014b, p. 115 ss., especifique que los acuerdos prematrimoniales más comunes son: a) acuerdos sobre la vivienda familiar; b) acuerdos sobre la pensión compensatoria; c) acuerdos sobre la extinción del régimen patrimonial.

<sup>95</sup> GARCÍA RUBIO, 2005, p. 120 «no cabe duda que tales pactos suponen una nueva vuelta de tuerca en el ardua tarea de definir con claridad el papel de la autonomía de la voluntad en la relaciones matrimoniales y paramatrimoniales y ponen una vez más en evidencia el difícil equilibrio entre lo imperativo y lo dispositivo en la institución matrimonial».

## VI. PROPUESTA DE UN MODELO LEGISLATIVO PARA LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES. LA DISCIPLINA CATALANA

Una reforma del derecho patrimonial de la familia italiana, que admita la validez de los acuerdos prematrimoniales<sup>96</sup>, es sin duda deseable por innumerables razones que van desde la concepción contemporánea de la familia, hasta la función de deflación del sistema judicial, pasando por la evaluación de los principios y valores del ordenamiento jurídico italiano y la casi completa igualdad de género lograda en las relaciones exofamiliares y endofamiliares.

No obstante, más allá del necesario respeto de la disciplina general del contrato y del necesario control del mérito con respecto a cualquier acto de autonomía privada, es necesario adoptar medidas de precaución, que garanticen el pleno conocimiento por parte de los novios o cónyuges de la función concreta del acuerdo prematrimonial y de los derechos de que disponen o a los que renuncian, una información apropiada, así como la posibilidad de que la eficacia del acuerdo se limite o excluya en caso de circunstancias especialmente importantes que no se podían prever de antemano y que podrían dar lugar a graves daños personales o patrimoniales para cualquiera de los cónyuges<sup>97</sup>.

En esta perspectiva y considerando los aspectos que he esbozado genéricamente, me parece que una regulación muy interesante,

---

<sup>96</sup> Cabe considerar que el 28 de febrero de 2019 Italia adoptó un proyecto de ley por el que se delega al Gobierno la revisión de muchas regulaciones del Código Civil. Entre otras, la de: «consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o attuata unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli». Por lo tanto, es evidente que existe una clara voluntad legislativa de introducir en el ordenamiento jurídico italiano los pactos prematrimoniales.

<sup>97</sup> La necesidad de que los acuerdos prematrimoniales estén sujetos a un triple control en lo que respecta a: a) el proceso de formación del consentimiento libre, informado e imparcial; b) el contenido del acuerdo; c) el alcance del acuerdo en el momento de su ejecución, ha sido puesto de relieve por GARCÍA RUBIO, 2005, p. 103 ss. Posteriormente el tema fue desarrollado en esta perspectiva por RODRÍGUEZ GUTIÁN, *RJAM*, 2018, p. 111 ss., RODRÍGUEZ GUTIÁN, *CCJC*, 2019, p. 268 ss., Y, más ampliamente, RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2018, p. 27 ss. Desde otro punto de vista, hay que considerar que también en el derecho inglés se ha dicho que es necesario un doble control, uno relacionado con la fase de celebración y otro con la fase de ejecución. En este sentido, SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 8, según el cual, «Tras *Radmacher*, el análisis de los acuerdos matrimoniales debe llevarse a cabo en dos fases. La primera de ellas (que podría llamarse «fase de equidad procesal») tiene lugar en el momento en que el acuerdo matrimonial se concluye, como se desprende de la referencia al acuerdo que ha sido «acordado libremente por las partes con pleno conocimiento de sus implicaciones». La segunda fase se materializa en las palabras que siguen inmediatamente después, es decir, «excepto que en las circunstancias actuales, en el momento de su consideración, las partes se encontraran en una situación de injusticia». Esta segunda fase es de «equidad sustantiva», y el examen se centra en el contenido real del acuerdo».



que puede ser considerada como un ejemplo a seguir, es, ciertamente, la establecida en el artículo 231-20<sup>98</sup> del segundo libro del Código Civil de Cataluña<sup>99</sup>.

Los principios y reglas que se desprenden de esta regulación<sup>100</sup> creo que merecen ser ampliamente compartidos<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> El artículo 231-20 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, establece: «1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2.

2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.

3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».

<sup>99</sup> No es necesario recordar que la experiencia legislativa catalana se basa en una regulación más completa y coherente de la disciplina contenida en los *Principles of the Law Dissolution* del 2002.

<sup>100</sup> Para una aplicación concreta de esta disciplina y de sus principios, véase STSJ CAT 19/2016 de 31 de marzo, Ponente: Carlos Ramos Rubio, Roj: STSJ CAT 2419/2016, en la que se lee: «el CCCat configura, en principio, los pactos en previsión de una ruptura matrimonial como uno de los contenidos posibles de los capítulos matrimoniales (art. 231-19.1 CCCat), pero admite que puedan constituir el objeto de una escritura pública no capitular (art. 231-20.1 CCCat). En cualquiera de los casos, además de la *licitud* de su objeto (art. 231-19.1, en relación con los arts. 232-7, 233-5, 233-16 y 233-21.3 y con el art. 6.3 CC) y de su *forma pública* constitutiva (art. 231-20.1), el CCCat exige una serie de requisitos específicos para su validez, que deben concurrir en el momento del otorgamiento, en la medida en que todos ellos están relacionados, directa o indirectamente, con la correcta formación del consentimiento negocial de los otorgantes, a fin de garantizar que este sea libre, voluntario y suficientemente informado. Estos requisitos se hallan referidos: a) al *tiempo* de su otorgamiento en relación con el de celebración del correspondiente matrimonio (art. 231-20.1, modificado por la Llei 6/2015, de 13 mayo, en relación con el art. 231-19.2); b) al cumplimiento de ciertos deberes de *asesoramiento* imparcial del notario autorizante para con los otorgantes (art. 231-20.2); y c) a la *reciprocidad* y a la *claridad* de aquellos pactos que comporten la exclusión o la limitación de derechos (art. 231-20.3). Por otro lado, el CCCat impone también una *carga* que debe cumplirse y prevé una condición que ha de concurrir, en ambos casos, para la eficacia de dichos pactos en el momento en que uno de los otorgantes pretenda hacerlos valer frente al otro (...). Tal sucede con: a) la *carga* de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de *información suficiente* sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información sea *relevante* con relación al contenido del pacto de que se trate (art. 231-20.4); y b) que los pactos de que se trate no sean *gravemente perjudiciales* para el otro cónyuge a causa de circunstancias sobrevenidas que sean relevantes y que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron (art. 231-20.5)».

<sup>101</sup> ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 118, «en aquest sentit, es pot concloure que la regulació prevista en el CCCat representa un clar avenç i un esforç d'adaptació de la normativa a les noves realitats familiars, per més que els més liberals l'acusin d'excessivament protectora».

Los pactos en vista de la crisis matrimonial pueden estipularse tanto antes como después de la celebración del matrimonio<sup>102</sup>, con la aclaración de que, si se estipulan antes de la celebración del matrimonio, se requiere que la estipulación sea por lo menos treinta días antes del día del matrimonio. Este plazo, que también podría reducirse, sirve para evitar que se concluyan acuerdos prenupciales en un momento muy próximo al día de la boda, es decir, para evitar que el consentimiento de uno de los dos cónyuges pueda considerarse como el resultado de una decisión precipitada<sup>103</sup>, o poco meditada<sup>104</sup> o incluso logrado como una supuesta prueba de amor.

Si bien el período de tiempo que transcurre entre la conclusión del pacto y la celebración del matrimonio es solo un indicio de un consentimiento libre y consciente, hay que considerar que la cuestión ha cobrado una importancia significativa en los Estados Unidos, donde múltiples decisiones han atribuido una importancia considerable a ese perfil, para afirmar o negar, según el caso, la libertad de consentimiento de uno de los cónyuges, o su conocimiento adecuado del contenido del acuerdo<sup>105</sup>.

Desde este punto de vista, una norma que impone un plazo de este tipo, aunque por sí sola no puede considerarse suficiente para afirmar o excluir la existencia de un consentimiento informado, merece una valoración positiva<sup>106</sup>. Sin embargo, sería preferible que el plazo valga como una presunción *iuris tantum* de la libertad del consentimiento y no, como establece actualmente el CCCat, como un requisito de validez<sup>107</sup>. Desde este punto de vista me pare-

---

<sup>102</sup> Se discute sobre la capacidad necesaria para celebrar válidamente acuerdos prematrimoniales. Según GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2588, debería aplicarse, analógicamente y segundo el criterio sistemático (art. 3.1 CCE), la norma establecida en el artículo 231-20. Aunque los acuerdos prematrimoniales pueden hacerse por escritura pública, es preferible pensar que se requiere la misma capacidad para las capitulaciones matrimoniales. Además, precisa que si los pactos matrimoniales van más allá de regular cuestiones de carácter económico intraconyugal y alcanzan a bien otros aspectos, bien sean de índole personal, bien sean en relación con terceros, no basta la capacidad establecida en el artículo 231-20 CCCat, y ha de exigirse la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar.

<sup>103</sup> PATTI, *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 197 ss., advierte que el espacio para la autonomía privada es muy limitado e incluso afirma que la elección del régimen patrimonial no siempre es el resultado de una reflexión consciente, lo que resulta, muchas veces, en una, más o menos, «larvata imposizione, spesso giustificata sulla base di generiche esigenze professionali».

<sup>104</sup> GARCÍA RUBIO, 2005, p. 103.

<sup>105</sup> Para un análisis de la jurisprudencia de los Estados Unidos, véase CERVILLA GARZÓN, 2013, párrafo III.5.b.

<sup>106</sup> En este sentido, las consideraciones de SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 9 s., que aprecia que la *Supreme Court* haya excluido la pertinencia de un plazo bien definido (como lo propuso en Inglaterra la *Home Office* o El *Irish Study Group on Pre-Nuptial Agreements o Resolution*) y haya preferido referirse a la cláusula general de equidad procesal. GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2592, considera la imposición de un margen temporal mínimo una decisión acertada y que favorece «un clima propicio para la conclusión del acuerdo con plena libertad y conciencia».

<sup>107</sup> ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 108 s.

ce que la medida es excesiva y, sobre todo, poco razonable, ya que se puede dar un consentimiento perfectamente libre y consciente incluso cerca del día de la boda, del mismo modo que se podría dar un consentimiento no libre con respecto a un pacto hecho 40 días antes de la boda.

Además, el mero hecho de que el acuerdo prematrimonial se celebre al menos treinta días antes de la celebración del matrimonio evita, al menos, la celebración de acuerdos prematrimoniales precipitadamente cerca de la fecha del matrimonio, es decir, en circunstancias de tiempo que hacen dudar de la libertad de consentimiento y de la posible capacidad del acuerdo para afectar a la libertad matrimonial<sup>108</sup>.

La ley catalana también establece que el acuerdo se considera ineficaz si el matrimonio no se celebra en el plazo de un año desde la estipulación del acuerdo prenupcial o se celebra después de ese tiempo. Si, en efecto, es deseable que un pacto con miras a la crisis familiar no se concluya en una fecha cercana a la de la celebración del matrimonio, es también indispensable que el matrimonio se celebre y que, en todo caso, no transcurra un período de tiempo excesivamente largo entre los dos actos. En el caso de que el matrimonio se celebre más de un año después de la conclusión del pacto, existe un riesgo bien fundado de que la relación entre el pacto y el matrimonio se debilite excesivamente.

La forma que se requiere para la validez de este acuerdo es la escritura pública<sup>109</sup>, mientras que no es necesario cumplir con las formas y formalidades requeridas para la validez de las capitulaciones matrimoniales<sup>110</sup>. La forma notarial cumple una pluralidad de funciones, lo que me lleva a creer que el respeto de esta forma también puede ser apreciado útilmente en el sistema jurídico italiano.

---

<sup>108</sup> ALLUEVA AZNAR, *Indret*, 2013, p. 8 s. observa: «la peculiar naturalesa de les relacions i situacions que es pretenen regular i ordenar a través dels pactes, la situació emocional que normalment caracteritza aquesta fase de la vida i les característiques dels subjectes que participen en aquest tipus de pactes comporten que les pressions no puguin ser evitades, sinó simplement mitigades».

<sup>109</sup> SOLÉ FELIU, 2014, p. 149, señala que, en este sentido, el ordenamiento jurídico catalán ha hecho una elección común a otros países, como Alemania, Países Bajos, Francia, frente a la solución más flexible de otros ordenamientos jurídicos, como Inglaterra, Escocia, Irlanda o Austria, que no exigen requisitos de forma específicos, o Australia, Nueva Zelanda, que exigen una forma escrita (no pública). No cabe duda de que el cumplimiento del requisito formal del acto público, al menos en los países en que se exige, está esencialmente vinculado a la función del notario y a su función de asesor imparcial de las partes.

<sup>110</sup> GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2595. ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 107, «El legislador català defuig d'aquesta manera la qualificació anterior d'aquests pactes com a capitols matrimoniales. En altres paraules, no tots els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial són capitols matrimoniales».

No solo porque el notario es la única figura profesional italiana capaz de conferir fe pública al acto jurídico, no solo porque él ofrece la garantía de que las partes se encuentran en una situación de capacidad natural, no solo porque el acuerdo podría implicar la transferencia de derechos sobre bienes inmuebles, sino sobre todo porque el notario podría garantizar adecuadamente que los cónyuges dispongan de información apropiada sobre la eficacia y el alcance del pacto<sup>111</sup>.

Según esta propuesta, el notario, una vez comprendida la intención de los novios o de los cónyuges, tendría el deber de informar a las partes, primero por separado y luego conjuntamente, no solo sobre el significado jurídico del pacto, sino, sobre todo, sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con el pacto y sobre el alcance real y concreto de las limitaciones o renunciaciones que el pacto conlleva para una o ambas partes<sup>112</sup>.

Además, la función del notario consistiría en advertir a las partes que cada una de ellas está obligada a informar a la otra sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas futuras, de modo que, también sobre la base de esa información, cada una de las partes tenga el mejor conocimiento posible del ámbito de aplicación del pacto y de las consecuencias económicas que puedan derivarse de él. Se trata de una medida importante que tiende a superar o, al menos a mitigar en la medida de lo posible, la denominada asimetría contractual que suele a menudo caracterizar, por diversos motivos (económicos, culturales, de nacionalidad, etc.), a las partes del acuerdo prematrimonial<sup>113</sup>. Esta medida tiene por objeto evitar que la parte que esté en posición contractual predomi-

---

<sup>111</sup> En sentido contrario, ALLUEVA AZNAR, *Indret*, 2013, p. 9, según la cual «sense ànim de dubtar sobre el paper independent i imparcial desenvolupat pel notari autoritzant del pacte, potser seria convenient que, amb anterioritat, cadascuna de les parts es reunís amb un advocat que vetllés de forma exclusiva pels seus interessos. El notari pot assessorar les parts, però ni negociarà el que sigui millor per cadascuna d'elles, ni defensarà els seus interessos específics».

<sup>112</sup> SOLÉ FELIU, 2014, p. 151, considera necesaria esta disposición porque no es meramente repetitiva de la contenida en el artículo 147 RN, sino capaz de dar forma concreta al contenido del deber de asesoramiento. Desde este punto de vista, sería preferible considerar que el incumplimiento de esta regla no conlleva la invalidez del acuerdo, sino la responsabilidad patrimonial del Notario, que tendrá que indemnizar al cónyuge que ha sufrido perjuicios como consecuencia de la falta de información adecuada. Evidentemente, esta conclusión se aplica únicamente a la información que el notario está obligado a proporcionar y no se extiende a la obligación de las partes de proporcionarse mutuamente información financiera.

<sup>113</sup> En este sentido las consideraciones de RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 114 s., la cual señala que las medidas para garantizar un proceso de formación del consentimiento libre, voluntario y no viciado, que consisten, substancialmente, en la forma escrita y en las obligaciones de información del notario, también reflejan las indicaciones que han surgido en la experiencia americana y que se pueden encontrar en los *Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses* elaborados por la *Commission on European Family Law* (CEFL).

nante imponga a la otra parte condiciones que den lugar a un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del pacto o que den a la otra parte ventajas excesivas<sup>114</sup>.

También se dispone que la exclusión o limitación de los derechos, que de otro modo corresponderían a los cónyuges, ha de ser mutua y claramente expresada.

Esta regla, aunque pueda parecer de poca relevancia aplicativa, ya que, en general, siempre hay un cónyuge que goza de expectativas económicas o de una posición patrimonial mejor que el otro, por lo que cualquier renuncia o limitación parece concernir únicamente al cónyuge en una posición económica más débil, puede ser relevante cuando se considera que la ejecución del acuerdo puede tener lugar al cabo de mucho tiempo y que las previsiones pueden no cumplirse en esos términos. Es muy posible que el cónyuge que originalmente se encontraba en una posición económica más débil haya logrado, en realidad, una posición económica más fuerte que el otro, de modo que las posiciones puedan invertirse.

La naturaleza de la reciprocidad debe entenderse en sentido amplio y no limitarse a la evaluación de una sola renuncia o limitación<sup>115</sup>, de modo que siempre es necesaria una evaluación global del pacto. En este sentido, no me parece que falte la reciprocidad en el caso de un acuerdo en el que uno de los cónyuges renuncia unilateralmente a su derecho a la vivienda familiar, cuando el otro se compromete, por ejemplo, a proporcionarle otra casa para vivir.

Desde este punto de vista, me parece que la reciprocidad de las exclusiones y/o limitaciones de derechos, lejos de ser un perfil de relevancia puramente formal, merece consideración, ya que requiere una evaluación global del pacto y de los intereses de las partes. La reciprocidad se convierte, en un índice significativo para evaluar la medida en que cada pacto resulta conforme con el principio de igualdad entre los cónyuges<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Una preocupación general a este respecto es expresada por AULETTA, *Famili*, 2003, p. 53, según el cual «riesce difficile pensare ad intenti diversi dal preconstituire un'apertura della crisi a basso costo per il coniuge piú abbiente». Se considere que DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA, 2016, p. 235, refiriéndose al artículo 231-20 CCCat, escriben: «la voluntad del legislador es clara, en el sentido de impedir que mediante pactos de este tipo se produzca un desequilibrio en la igualdad de los derechos y deberes que, como principio, debería regir la relación entre ambos cónyuges».

<sup>115</sup> Según GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2599, se hace referencia no tanto a una igualdad cuantitativa, sino a una equivalencia cuantitativa y cualitativa «en la fijación de los criterios o reglas de la participación en los rendimientos obtenidos por el otro ... Lo que cuenta es que, una vez determinado, el criterio sea idéntico para ambas partes, aunque, en el momento en que se pacte, solo lo sea en potencia para una de ellas».

<sup>116</sup> Comparto la posición RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 120 s., que especifica que el principio de igualdad entre los cónyuges puede entenderse de dos maneras distintas: o como la ausencia de sumisión o ausencia de una posición de superioridad de uno de los cónyuges sobre el otro o como un requisito de reciprocidad. Desde la perspectiva de

La disciplina catalana hace hincapié, además, en la necesidad de claridad, estableciendo que el pacto especifique con sencillez los derechos que limitan o a los que los cónyuges renuncian. En este sentido, el pacto no podría limitarse a una referencia genérica a la disciplina legislativa, o a cualquier derecho<sup>117</sup>, ni excluir la aplicación de una u otra norma, a la que solo se hace referencia a través de uno u otro artículo del código civil autonómico o general o de la ley, sino que debería regular de manera precisa la disciplina aplicable, reproduciendo exhaustivamente las normas aplicables a los cónyuges en caso de crisis matrimonial, respetando la voluntad de las partes y, evidentemente, respetando los límites de la ley.

También se dispone que el cónyuge que reclame el cumplimiento del pacto prenupcial deberá demostrar que el otro tenía, en el momento en que se celebró el acuerdo, información adecuada sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas futuras<sup>118</sup>.

Dado que esa información no la proporciona el notario, que solo debe recordar a las partes que deben intercambiar esa información, se deduce que el acuerdo no puede acreditar que los cónyuges hayan cumplido la obligación de proporcionar esa información y que la carga de la prueba debe recaer en la parte que tiene la intención de reclamar el cumplimiento del acuerdo.

Desde otro punto de vista, cabe señalar que esta prueba no es difícil de aportar de antemano y, a este respecto, cada parte podría muy bien dar esta información por escrito a la otra, pidiendo al notario que adjunte esta información al pacto, como prueba de que cada parte la ha facilitado adecuadamente a la otra. En ese caso, el pacto también aportaría pruebas de que se ha cumplido esta obligación de información.

Si la información fuera incompleta o incorrecta, el pacto sería ineficaz, en el entendimiento de que se trataría de una ineficacia relativa, es decir, una ineficacia en la que solo puede confiar la parte que recibió la información incompleta o incorrecta. Al contrario, si la parte que recibió la información inadecuada o incompleta reclama el cumplimiento del acuerdo, la otra parte no puede

---

la autora, no cabe duda de que la primera forma de entender la igualdad debe garantizarse mediante la forma y las obligaciones de información del notario, mientras que la segunda forma de entender la igualdad, mediante la disposición de la reciprocidad del acuerdo. De forma más genérica, ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 111, dice que «l'exigència de reciprocitat en els pactes de renúncia o de limitació dels drets és una derivació del principi d'igualtat entre els cònjuges».

<sup>117</sup> GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2599; SOLÉ FELIU, 2014, p. 154.

<sup>118</sup> Según SOLÉ FELIU, 2014, p. 155, no es necesario elaborar un inventario completo, bastará con que cada parte disponga de información adecuada sobre la situación financiera presente y futura de la otra parte.

impedirlo, incluso si acredita que no proporcionó la información o proporcionó información incompleta o incorrecta.

En otras palabras, existe una norma de conducta que exige que cada parte proporcione a la otra cierta información de carácter económico, cuyo incumplimiento no daría lugar a responsabilidad de la parte incumplidora, sino a la ineficacia del acto<sup>119</sup>. En el entendimiento de que se trataría de una eficacia relativa, de modo que solo podría ser invocada por la parte que no haya recibido la información o haya recibido información incompleta o incorrecta, quedando claro que esa misma parte podría, no obstante, reclamar el cumplimiento del acuerdo.

Esta información solo es relevante si es decisiva<sup>120</sup>, ya que es muy posible que el acuerdo prenupcial cuya ejecución se solicita se refiera a un aspecto o perfil con respecto al cual la información sobre el patrimonio y las perspectivas económicas del cónyuge no sea pertinente. Este perfil es particularmente útil e interesante cuando se piensa no solo en que el pacto en previsión de una ruptura familiar podría referirse a un tema económico con respecto al cual esa información es irrelevante, sino sobre todo que el acuerdo prenupcial podría regular asuntos de carácter no patrimonial. Aunque en este trabajo se hace referencia explícita a los perfiles patrimoniales, sobre los que he decidido llamar la atención, no cabe duda de que el pacto podría referirse a asuntos de carácter no patrimonial, como, por ejemplo, el uso del apellido o, dentro de los límites del respeto del interés superior de los hijos, también la custodia compartida o el régimen de visitas de los padres y/o de los abuelos y de los parientes.

En cualquier caso, un acuerdo prematrimonial relativo a la pensión compensatoria y/o al uso de la vivienda<sup>121</sup> debe considerarse válido, a menos que implique una renuncia del cónyuge que comprometa sus necesidades esenciales<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> Por todos, G. PERLINGIERI G., 2013, p. 3 ss.

<sup>120</sup> V. la opinión de SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 12 s., «ahora bien, es indudable que habrá casos en que la transmisión de información podría marcar la diferencia, y estos casos están cubiertos por el test de la *Supreme Court*».

<sup>121</sup> Los acuerdos sobre la vivienda familiar están sujetos a un control de legalidad diferente dependiendo de si hay o no hijos. Si no hay hijos, no hay duda de que la libertad de los cónyuges es mayor, por lo que me parecerían válidos los acuerdos con los que se acuerda: la venta de la casa y la asignación del precio según lo que cada uno ha aportado, o la asignación de la casa a uno solo después de la reintegración de la mitad del valor o de un porcentaje del valor actual, correspondiente a lo que el otro ha aportado originalmente. Por el contrario, en presencia de hijos, la autonomía privada tiende a reducirse, ya que cada acuerdo debe evaluarse siempre teniendo en cuenta los intereses de los niños.

<sup>122</sup> BARGELLI, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 331. Una solución sustancialmente similar se aplica también en el derecho inglés a través de el control de «la incoherencia de los resultados». SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 16, «Esto significa que [tras Radmacher,] incluso cuando el acuerdo establece una completa separación de la propiedad y no considera nin-

Desde mi punto de vista, se trata de un principio que ni siquiera requeriría una disposición legislativa explícita, ya que me parece evidente que el principio de solidaridad posmatrimonial, aunque puede verse considerablemente atenuado por la introducción de una disciplina sobre los acuerdos prenupciales, no puede desaparecer del todo.

En este sentido, no cabe duda de que debe aceptarse la validez de un pacto sobre las modalidades, la cantidad, la duración y la extinción de la pensión compensatoria, así como la validez de un pacto de renuncia a la pensión compensatoria<sup>123</sup>, a menos que la ejecución de este último comprometa irreversiblemente las necesidades básicas del cónyuge<sup>124</sup>.

No debe decirse lo mismo del uso de la vivienda familiar, ya que un acuerdo prenupcial sobre el uso de la vivienda debe considerarse perfectamente válido, incluso en el caso de una renuncia, con la única aclaración de que en este caso el acuerdo de renuncia podría no ser válido si afecta a los intereses de los hijos o impide que se satisfagan las necesidades básicas y esenciales de uno de los cónyuges<sup>125</sup>.

Considerando la existencia en el ordenamiento jurídico italiano del principio de solidaridad posconyugal<sup>126</sup> y la imposibilidad de

---

gún tipo de *maintenance*, el tribunal puede y debe dictar las órdenes para cubrir las necesidades de los cónyuges y para compensar las desventajas generadas, y para ello debe tener en cuenta tanto las propiedades matrimoniales como las no matrimoniales, ya se trate de patrimonio protegido o no. Por lo tanto, las funciones de protección propias del sistema de *ancillary relief* se mantienen en la medida en que la no satisfacción de las necesidades y de la compensación implica que el acuerdo se considere injusto e inconsistente».

<sup>123</sup> ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 114, «El que pretén evitar el legislador amb aquesta previsió és que un dels cònjuges es vegi abocat a una situació de penúria econòmica que no li permeti sobreviure com a conseqüència d'haver pres una decisió en un moment sovint molt anterior».

<sup>124</sup> El Código Civil catalán contiene una norma expresa al respecto en el artículo 233-16, que dispone lo siguiente:

«1. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, de acuerdo con el artículo 231-20.

2. Los pactos de renuncia no incorporados a un convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor».

<sup>125</sup> El Código Civil catalán contiene una norma expresa al respecto en el art. 233-21, apartado 3, que dispone lo siguiente: «En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso».

<sup>126</sup> A este respecto, véanse las interesantes consideraciones de RODRÍGUEZ GUITIÁN, *RJUAM*, 2018, p. 119, que justifica la existencia de esas normas no solo por la intención del legislador catalán de evitar las externalidades negativas, dado que el estado de pobreza del cónyuge supone un perjuicio para la sociedad, sino también por la naturaleza de la prestación compensatoria en el derecho catalán. «Junto a su carácter compensatorio o reequilibrador se halla un fundamento asistencial, que tiene su apoyo, en última instancia, en la solidaridad posconyugal. En la parte de la prestación coincidente con la finalidad



que la introducción de una disciplina sobre los pactos prenupciales pueda conducir a su integral eliminación, ya que se fundamenta en el mismo principio general de solidaridad del artículo 2 de la Constitución, me parece que, incluso sin una regla explícita, este resultado se puede alcanzar mediante un control de legalidad del pacto y el de merecimiento de protección jurídica (necesario en el ordenamiento jurídico italiano)<sup>127</sup>.

Por último, y esta cuestión me parece de gran interés, debería aplicarse la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*<sup>128</sup>, es decir, la doctrina que reconoce la eficacia de un pacto en la medida en que no haya habido un acontecimiento imprevisible<sup>129</sup> entre el momento de su conclusión y el de reclamación de cumplimiento, y que haga que la ejecución del pacto sea particularmente perjudicial para uno de los dos cónyuges<sup>130</sup>.

Para que el pacto sea ineficaz, no solo debe haberse producido un acontecimiento extraordinario<sup>131</sup>, es decir, un acontecimiento que vaya más allá de lo normal y, por lo tanto, no se repita con frecuencia y regularidad en el tiempo, no solo debe ser imprevisible, es decir, las partes no podían prever razonablemente su ocurrencia, sino que también es necesario que, como consecuencia de ese acontecimiento, la ejecución del acuerdo prenupcial cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges<sup>132</sup>. Así, no se puede considerar extraordinario e imprevisible que uno de los cónyuges haya perdido su

---

asistencial dicha prestación deviene irrenunciable». Añade: «Pero en el derecho civil común parece claro que dicha doble naturaleza de la prestación compensatoria no se da, no existiendo esa finalidad asistencial. De ahí que dentro de él no sería coherente adoptar una estructura similar a la prevista en el derecho catalán o en el norteamericano». Esta última consideración, evidentemente, no podría aplicarse al derecho italiano que, al igual que el derecho catalán, atribuye, como se desprende de la última sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, una doble naturaleza a pensión compensatoria.

<sup>127</sup> Véase, más extensamente, y para una explicación de su significado, el párrafo: «8. El control de legalidad y de merecimiento protección jurídica».

<sup>128</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, 2017, p. 467 ss.; ORDUÑA MORENO, MARTÍNEZ VELENCOSO, 2017, p. 3 ss.

<sup>129</sup> Las circunstancias no tienen por qué ser necesariamente circunstancias económicas, ya que también pueden ser circunstancias personales. GARCÍA RUBIO, 2005, p. 117; SOLÉ FELIU, 2014, p. 157.

<sup>130</sup> CIAN, 2001, p. 49; BARRIO GALLARDO, A. F. C. J. S. U. N. P., 2016, p. 84, que asume que el control del juez solo debe ser *ex post*, «solo en el caso excepcional de que un cambio radical de las circunstancias haga excesivamente oneroso el cumplimiento de lo pactado, podrá el juez evitar que surta las consecuencias que le son propias y con independencia de a quién favorezcan». En sentido parcialmente diferente, LANDINI, 2018, p. 241 ss., que supone que la solución preferible es la introducción en los acuerdos prematrimoniales de una cláusula de renegociación.

<sup>131</sup> GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2616, señala que cabe rechazar una aplicación extensiva. Se exige, de hecho, que la ejecución del pacto sea gravemente perjudicial, debe haber una aparición de nuevas circunstancias, ha de tratarse de circunstancias relevantes y no previsibles en el momento en que el pacto fue otorgado.

<sup>132</sup> La situación en el derecho inglés no es muy diferente, donde incluso si no hay ninguna cláusula de *rebus sic stantibus*, este mismo resultado se logra a través del control de «equidad sustantiva» o de «incoherencia de resultados». SCHERPE, *Indret*, 2012, p. 13 ss.

empleo, que uno de los cónyuges haya recibido una rica herencia de sus padres o parientes, el nacimiento de hijos, el nacimiento de un hijo fuera del matrimonio, la quiebra de la empresa de uno de los cónyuges, el aumento de los precios de los bienes inmuebles o una inflación significativa, a menos que se trate de una inflación extraordinaria causada por razones singulares. Por otra parte, podría considerarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, cuya ocurrencia podría considerar ineficaz el pacto prematrimonial, el hecho de que uno de los cónyuges haya sufrido un accidente<sup>133</sup> que haya provocado su incapacidad laboral, o la incapacidad de un hijo, obligando a uno de los cónyuges a renunciar a su trabajo o a hacer sacrificios importantes en su negocio, o, el hecho de que se encuentre una cura para una enfermedad que afecte a uno de los cónyuges y que se considere degenerativa e incurable.

Evidentemente, la carga de la prueba de que se haya producido un acontecimiento extraordinario e imprevisible tal que la ejecución del acuerdo causaría un grave perjuicio a uno de los cónyuges incumbe al cónyuge que invoca la causa de la ineficacia, que deberá probar tanto la ocurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible como el grave perjuicio que causaría la ejecución del acuerdo.

## **VII. ACUERDO PREMATRIMONIAL Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL**

La hipótesis del acuerdo prenupcial sujeto a una regulación extranjera es problemática y cada vez más frecuente. Los casos son muchos y, entre ellos, basta pensar en la hipótesis de un pacto concluido por ciudadanos italianos que residen en un Estado extranjero, o por ciudadanos de distintas nacionalidades o, por último, por ciudadanos extranjeros que residen habitualmente en Italia.

En cada una de estas hipótesis, bien podría ser que el juez italiano esté llamado a decidir sobre un acuerdo prenupcial potencialmente sujeto a una ley extranjera.

A este respecto, aunque el tema solo se puede esbozar, ya que merece un estudio y análisis más profundo, hay, al menos, dos cuestiones fundamentales: identificar la norma de conflicto aplicable; verificar la conformidad del acuerdo prenupcial con el orden público internacional italiano.

El primer problema, aunque pueda parecer fácil de resolver e incluso pueda considerarse plenamente resuelto debido a las nor-

---

<sup>133</sup> SOLÉ FELIU, 2014, p. 157.

mas establecidas en el Reglamento UE 2016/1103 sobre los regímenes económicos matrimoniales, sigue siendo en mi opinión muy complejo.

Existe la posibilidad de una concurrencia de normas de conflicto de leyes que pueden aplicarse al pacto patrimonial, entre las cuales no siempre es posible que exista una verdadera armonía.

Si bien es cierto que el acuerdo prematrimonial es aquel estipulado por los novios o los cónyuges para regular sus relaciones para el tiempo posterior a la crisis matrimonial, también es cierto que su contenido puede ser compuesto, ya que puede referirse tanto a las relaciones personales, como a las patrimoniales, a la responsabilidad parental, a las de alimentos y, finalmente, también a las posibles relaciones sucesorias.

Esto significa que hay muchas normas de derecho internacional privado que pueden combinarse entre sí. No solo los artículos 29, 30 y 36 de la ley italiana n. 218 de 31 de mayo de 1995 (ley general de derecho internacional privado), sino también las normas establecidas en el Reg. EU 2016/1103, en lo que respecta a las normas aplicables a los regímenes matrimoniales y su disolución, las normas establecidas en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre la ley aplicable a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de los niños, y el Reg. UE 2012/650, en el que el acuerdo prenupcial prevé obligaciones sucesorias, es decir, pactos sucesorios<sup>134</sup>. Sin considerar que podrían aplicarse el Reglamento de la UE 2008/593 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Roma I», y el Reglamento de la UE 2010/1259 sobre la aplicación de la cooperación reforzada en materia de derecho aplicable al divorcio y la separación judicial, conocido como «Roma III».

En otras palabras, pensar que la introducción del Reglamento 2016/1103 haya resuelto básicamente todos los problemas de la ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales, no solo es ilusorio, sino incluso gravemente erróneo.

El acuerdo prematrimonial, de hecho, puede tener un contenido amplio y compuesto, por lo que es difícil establecer qué norma de derecho internacional privado es adecuada para determinar la ley aplicable en cada caso concreto, ya que, además, es bastante plausible que se apliquen diferentes normas de derecho internacional a un mismo acuerdo y con respecto a los perfiles de contenido específicos del mismo.

---

<sup>134</sup> Véase CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, p. 213 ss.; ESPINAR VICENTE, 1996, p. 3 ss.; RODRÍGUEZ PINEAU, 2002, p. 3 ss.; ANTÓN JUÁREZ, E. S. J., 2019, p. 61 ss.

Un ejemplo ayuda a comprender la complejidad del fenómeno. Imaginemos una pareja formada por un ciudadano italiano y una española, que por vecindad civil esté sujeta a la disciplina catalana. Imaginemos que se hace un acuerdo prenupcial en Lleida, donde la pareja tiene su residencia habitual, con el que los cónyuges: a) renuncian mutuamente a la pensión compensatoria; b) establecen que la casa, de propiedad de la esposa, permanecerá en la disponibilidad exclusiva de la esposa después de la crisis; c) acuerdan que cada uno de los cónyuges nombrará al otro como heredero por la cuota de 1/8; d) acuerdan también que en caso de nacimiento de uno o más hijos comunes, cada uno de los cónyuges deberá asignarle, por testamento, a título de heredero o de legado, la mitad de su patrimonio; e) finalmente, acuerdan que en caso de divorcio, la custodia debe ser conjunta y el hijo debe, en todo caso, seguir viviendo en Lleida, aunque el cónyuge italiano tenga la intención de volver a vivir en Italia, comprometiéndose, en este último caso, a visitar al hijo al menos cada quince días.

En presencia de tal acuerdo prematrimonial, cuya imaginación ni siquiera requiere un esfuerzo excesivo de fantasía, no cabe duda de que la disciplina aplicable podría variar en relación con las diferentes normas de conflicto que, potencialmente, podrían aplicarse al caso concreto.

Me parece, por lo tanto, que el problema de la identificación de la disciplina aplicable es, en efecto, muy complejo y requiere un estudio significativo. Me parece simplista, a falta de una opción legislativa explícita a este respecto, decir que la norma de conflicto debe ser una, porque el acuerdo prematrimonial tiene una función unitaria. La regulación de la relación entre los cónyuges para el período posterior a la crisis matrimonial, más que una función en el sentido propio es un horizonte disciplinario, ya que la función está estrechamente vinculada a la regulación de cada perfil individual de su relación.

Por consiguiente, me parece inevitable que para establecer la disciplina aplicable al pacto prematrimonial sea necesario considerar por separado la reglamentación de los perfiles personales, de los perfiles patrimoniales, de los perfiles sucesorios, de los perfiles alimenticios y de los perfiles relativos a la responsabilidad parental.

Desde otro punto de vista, el segundo problema fundamental, que en ningún caso puede pasarse por alto, se refiere al control de conformidad del pacto con el orden público internacional.

Si el acuerdo prematrimonial se rige por una ley extranjera, debe comprobarse su conformidad con el orden público internacional.

En el caso anterior, suponiendo que se aplique la disciplina catalana, que permite bien el pacto sucesorio (v. art. 431-1 - 431-17 CC Cat.), bien el heredamiento (v. art. 431-18 - 431-28 CC Cat.), bien los pactos sucesorios de atribución particular (v. art. 431-29 - 431-30 CC Cat.), bien, finalmente, los acuerdos en previsión de una ruptura matrimonial (v. art. 231-20 CC Cat.), y suponiendo que el caso deba ser resuelto por un juez italiano, debe comprobarse que la aplicación de la disciplina catalana al caso concreto no está en conflicto con el orden público internacional.

Es bien sabido que la expresión orden público internacional es capaz de comprender tres dimensiones distintas de un mismo concepto<sup>135</sup>: a) el orden público internacional como mecanismo, es decir, como cláusula general; b) el orden público en su dimensión mecánica o funcional, es decir, el orden público como excepción para rechazar algo en el proceso de aplicación de una norma extranjera o en el proceso de reconocimiento de un acto extranjero; c) por último, el llamado contenido del orden público internacional, es decir, los contenidos a través de los cuales se concreta la cláusula general<sup>136</sup>.

No cabe duda de que si bien las dos primeras acepciones tienen una vocación general y son válidas para todos los ordenamientos jurídicos, ya que se trata de un análisis relacionado sustancialmente con la reserva o excepción de orden público (el orden público como cláusula general)<sup>137</sup> o con el mecanismo de funcionamiento (el orden público como condición negativa para la aplicación<sup>138</sup> de la ley extranjera, o como condición negativa para el reconocimiento de la eficacia del acto extranjero)<sup>139</sup> la tercera dimensión tiene una vocación más claramente nacional, porque evoca el contenido con el que esta cláusula general se llena en cada sistema jurídico.

El adjetivo «internacional» sirve, de hecho, para recordar la dimensión mecánico-funcional del concepto, mientras que no sirve para connotar su contenido, ya que este depende de cada Estado, en el sentido de que cada ordenamiento jurídico tiene su propio orden

<sup>135</sup> Para profundizar me remito a ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, 2000, p. 1 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, 2003, p. 1657 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *ADIP*, 2010, p. 339 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, p. 146 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), leído merced a la cortesía del Autor; PERLINGIERI, ZARRA, 2019, p. 3 ss.

<sup>136</sup> Este análisis es particularmente claro y extraordinariamente eficaz en las páginas de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), p. 4 ss.

<sup>137</sup> Para un análisis de este perfil, véase BARBA, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 422 ss., especialmente párrafo n. 3.

<sup>138</sup> *Cfr.* MACCORMICK, 2005, p.3 ss.; CHIASSONI, *Mat. st. cult. giur.*, 2008, pp. 491-494, 498 (MacCormick, 2005).

<sup>139</sup> Para un análisis de este perfil, véase BARBA, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 433 ss.

público internacional. El italiano es diferente del español, del alemán y así sucesivamente.

La idea de que el contenido del orden público internacional depende de cada Estado puede preservarse, aunque es importante señalar que estamos asistiendo a una atenuación significativa del carácter exclusivamente estatal de su contenido<sup>140</sup>, tanto por la influencia de los derechos humanos y su concreción por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por la influencia del derecho europeo. De hecho, existen importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que pretenden controlar los límites dentro de los cuales los Estados nacionales pueden recurrir a este concepto para no reconocer un acto extranjero<sup>141</sup> o negar la aplicación de una ley extranjera.

Dicho esto, es necesario establecer si la aplicación de una ley extranjera, que admita los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (y posiblemente, como en el caso previsto, también los pactos sucesorios) es conforme al orden público internacional italiano.

Responder a esta pregunta en términos puramente abstractos es muy difícil, ya que la excepción de orden público internacional no impide la aplicación de una ley como tal o de una ley considerada en forma abstracta, sino más bien la aplicación de la ley al caso concreto.

Esta declaración no impide, sin embargo, hacer unas consideraciones generales, con el fin de verificar la compatibilidad de una disciplina extranjera, que admita los acuerdos prematrimoniales y posiblemente los acuerdos sucesorios, con el orden público internacional italiano.

Para hacer esa evaluación es necesario evocar el contenido del orden público internacional, bien sabiendo que no puede coincidir con el contenido del orden público interno (es decir, el conjunto de

---

<sup>140</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, p. 162, señala que la erosión del contenido estrictamente nacional del orden público internacional de cada Estado miembro se aprecia bajo diferentes perfiles. En primer lugar, la proliferación de cláusulas especiales de orden público, que expresan principios que inevitablemente influyen en el contenido del orden público de cada Estado miembro. En segundo lugar, la doctrina de la Tribunal de Justicia, que, aunque afirma la competencia exclusiva de cada Estado miembro para determinar el contenido de su orden público internacional, ha afirmado su competencia para controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de cada Estado miembro pueden utilizar este concepto para evitar la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de un acto extranjero, llegando, en algunos casos, a afirmar que el reconocimiento de un acto extranjero no se podía considerar contrario al orden público internacional de aquel Estado miembro.

<sup>141</sup> En este sentido, STJCE de 2 de junio de 2016, Asunto C-438/14, Nabil Peter Bogendorff von Wolfersdorff; STJCE de 12 de mayo de 2011, Asunto C-391/09, Malagožata Runevic-Vardyn; STJCE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein; STJCE de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06, Strefan GrunKin; STJCE de 14 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos Gracia Avello. In tema, v. (Álvarez González, Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario, 2003, p. 1657 ss.).

las normas imperativas de un determinado ordenamiento jurídico). Si los dos contenidos se correspondieran, no podría aplicarse ninguna ley extranjera que estableciera una disciplina contraria a cualquier norma imperativa nacional, con la paradójica consecuencia de que se impediría cualquier tipo de remisión.

El contenido del orden público internacional debe tener en cuenta no todas las normas imperativas de un sistema jurídico determinado, sino solo los principios fundamentales y esenciales, es decir, los principios y valores que identifican un ordenamiento jurídico determinado y sin los cuales este perdería su propia identidad<sup>142</sup>. Además, no hay que olvidar que el orden público internacional debe considerarse excepcional, en el sentido de que el rechazo de la aplicación de una ley extranjera solo debe producirse en casos de contrariedad manifiesta<sup>143</sup>.

Sobre la base de estas consideraciones, es necesario verificar, mediante una evaluación general, si puede decirse que una disciplina extranjera que permite los pactos sucesorios y los pactos prematrimoniales es, en principio, conforme al ordenamiento jurídico italiano, es decir, si existe una oposición perjudicial y general de esta disciplina a los principios fundamentales e infranqueables del sistema jurídico italiano.

En primer lugar, aunque esta afirmación requeriría un análisis mucho más detallado<sup>144</sup>, parece posible afirmar que una disciplina que permite los pactos sucesorios debe considerarse conforme al orden público internacional italiano. Aunque el ordenamiento jurídico italiano prohíbe los pactos sucesorios (véase el artículo 458 del Código Civil italiano), creo que es posible afirmar que esta prohibición no integra el contenido del orden público internacional italiano, de modo que un pacto sucesorio, regido por una ley extranjera que lo permita, no debería encontrar obstáculos sustanciales para su reconocimiento<sup>145</sup>.

Una solución, no muy diferente, me parece que se puede conseguir con respecto a la prohibición de los pactos prematrimoniales.

<sup>142</sup> Sobre el contenido del orden público internacional italiano, véase BARBA, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.; PERLINGIERI, ZARRA, 2019, p. 3 ss.

<sup>143</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2015, p. 155, que observa: «Además, desde el punto de vista *funcional*, la operatividad del orden público internacional de cada Estado es *excepcional*. Esta característica se ha identificado con la necesidad de que la contrariedad entre la ley extranjera o el acto, resolución o mera situación consolidada en el extranjero y el orden público del foro sea frontal, radical. El término consolidado que define esta característica es *manifiestamente*. Aunque esta característica no cambia, a mi juicio, por la distinta configuración de la *cláusula de orden público*».

<sup>144</sup> Para más detalles y para un amplio desarrollo de esta idea, véase BARBA, 2015, p. 3 ss. Para profundizar sobre el Reglamento europeo 650/2012, véase BONOMI, WAUTELET, 2015, p. 457 ss.

<sup>145</sup> Véase nota anterior.

Aunque estos pactos no están expresamente permitidos en el ordenamiento jurídico italiano, que ni siquiera contiene una prohibición específica al respecto, no creo que podamos decir que exista una contrariedad, general, al orden público internacional italiano.

Evidentemente, esto no significa admitir indiscriminadamente todos los pactos prematrimoniales regidos por una disciplina extranjera, ya que es evidente que un acuerdo prematrimonial que implique una violación del principio de igualdad entre los cónyuges, o un acuerdo que equivalga a una renuncia de derechos de carácter puramente asistencial, o que dé lugar a una violación de la dignidad de una de las partes, o que excluya de raíz cualquier expresión de solidaridad posmatrimonial, no puede considerarse conforme al orden público internacional italiano. Sin embargo, me parece que lo que le está prohibido no es el pacto prematrimonial en sí mismo, sino ese acuerdo prematrimonial cuyo contenido equivale a una violación de principios fundamentales, como la dignidad de la persona humana o la igualdad en las relaciones entre los cónyuges.

Sin embargo, más allá de estas evaluaciones específicas, no creo que exista una preclusión general a una disciplina que admita la validez de los acuerdos prematrimoniales. Muy al contrario, diría que una disciplina como la catalana me parece perfectamente coherente con el orden público internacional italiano, tanto porque garantiza la simetría informativa de los cónyuges, como porque garantiza el respeto del principio de igualdad entre los cónyuges, y porque no permite renunciaciones de un cónyuge que comprometan sus necesidades esenciales.

Evidentemente, se trata de una evaluación tendencial y abstracta, respecto de la cual siempre es indispensable una investigación del caso concreto, teniendo en cuenta las particularidades y peculiaridades del caso en cuestión.

Asimismo, no puede pasarse por alto que, además del llamado orden público internacional pleno, hay casos en los que el control de orden público es atenuado<sup>146</sup>.

En efecto, es diferente si el caso sometido a examen presenta fuertes elementos de conexión con el ordenamiento del foro, porque una de las partes tiene la ciudadanía italiana, del caso en que los elementos de conexión son más atenuados, porque, por ejemplo, ambos cónyuges, aunque sean extranjeros, viven y residen habitualmente en Italia<sup>147</sup>. Es decir, la evaluación de situaciones

<sup>146</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), p. 4 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, 2000, p. 3 ss.; GANNAGÉ, *TCFDIP*, 2009, pp. 210-216.

<sup>147</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2020 (pendiente de publicación), p. 6, escribe: «que un francés, un estadounidense o un alemán se pretendan inscribir en el Registro civil español con un solo apellido no es problema: la ley francesa, estadounidense o alemana que así lo prevén no



consolidadas en el extranjero según una disciplina que, en sí misma considerada, podría ser contraria a los principios y valores del foro y la constitución en su propio foro de esa misma realidad jurídica.

A este respecto, la evaluación de la conformidad con el orden público internacional italiano podría ser muy diferente si se trata de evaluar la validez de un pacto prematrimonial sujeto al derecho estadounidense celebrado por dos cónyuges estadounidenses, con residencia habitual en Italia, o la validez de un acuerdo de dos ciudadanos italianos, con residencia habitual en Barcelona, al que se aplica el derecho civil catalán. Y los dos casos podrían ser, de nuevo, diferentes si hubiera hijos, ya que el interés superior del menor ciertamente afecta a la evaluación general.

La evaluación es, por lo tanto, muy difícil y hace responsable al intérprete, ya que la excepción de orden público internacional se resuelve en una técnica argumental de ponderación, caso por caso<sup>148</sup>, destinada a verificar que la disciplina del caso concreto según el derecho extranjero no es contraria a los principios fundamentales e infranqueables del ordenamiento jurídico italiano.

## VIII. EL CONTROL DE LEGALIDAD Y DE MERECEMIENTO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

Más allá de todos estos matices que he señalado en las páginas precedentes, no hay duda de que los pactos prematrimoniales, como actos de autonomía privada, deben estar sujetos, según el régimen general, a un control de legalidad<sup>149</sup> y, también, ser merecedores de

---

se considerará contraria al orden público español, por más que en ellas se pudiera ver un cierto atentado al principio de igualdad de los progenitores que nuestro Derecho sí respeta. Que un español pretenda hacer valer aquí su único apellido otorgado en Estados Unidos por la ley estadounidense, es contrario al orden público español». Es importante considerar que esta cita está relacionada a la opinión afirmada por la DGRN y que el autor considera el ejemplo sobre los apellidos discutible, aunque el principio que lo sustenta es plenamente cierto.

<sup>148</sup> Este es una ponderación diferente de la que se llama «definitoria», que se hace en un plano abstracto. Sobre los dos tipos de ponderación, la «definitoria» y la «caso por caso» véase: NIMMER, *California L. R.*, 1968, p. 38 ss.; SCACCIA, *Giur. cost.*, 1998, p. 3953 ss.; PINO, *Danno Resp.*, 2003, p. 577 ss.; PINO, *Ragion pratica*, 2007, p. 255 ss.

<sup>149</sup> Véase, entre las otras, STSJ CAT 32/2014 de 8 de mayo, Ponente: José Francisco Valls Gombau, Roj: STSJ CAT 5538/2014, en cuyos fundamentos de derecho se lee: «de todos modos, ello no significa que todos los pactos en previsión de ruptura matrimonial, cualquiera que fuera su contenido sean válidos y no puedan ser nulos, anulables o rescindibles, puesto que, como negocios dispositivos que son, se hallan sometidos a las reglas generales de ineficacia jurídica de los negocios patrimoniales y, además, a algunas especificaciones de los negocios de familia, como puede suceder p. ej. con la nulidad de las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge y a la que pretende preservar a dichos cónyuges del perjuicio grave que pudiera derivarse (como sucede, en el CCCat, conforme disponen los párrafos 3.º y 5.º del artículo 231.20) así como a los hijos de cualquier daño en contra del *favor filii* o el interés de los menores (art. 82 CF)».

protección jurídica (que en Italia se dice de «meritevolezza» y que se podría traducir con la expresión control de merecimiento)<sup>150</sup>. De hecho, al tratarse de actos de autonomía privada, más allá de la disciplina específica, deben pasar el control de legalidad<sup>151</sup>, es decir, de no contrariedad a las normas imperativas, al orden público<sup>152</sup> y a la moral<sup>153</sup>, y otro control, lo de merecimiento de protección jurídica, para evaluar su conformidad con los principios y valores del ordenamiento jurídico italiano. Se trata de un juicio que no encuentra una correspondencia precisa en el sistema jurídico español. En esencia, se trata de comprobar que el acto sea conforme con el orden público constitucional, por lo que en el ordenamiento jurídico español, este juicio coincide con el de legalidad. En Italia, en cambio, se distingue entre la legalidad como no contrariedad a normas imperativas, orden público y moral (se dice que es un control negativo, porque evalúa una falta de oposición) y merecimiento, como cumplimiento de los principios y valores (se dice que es un control positivo)<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> PERLINGIERI P., 1975, p. 109 s., escribe: «l'atto lecito esige a sua volta una valutazione da parte dell'ordinamento. In un ordinamento moderno, nel quale lo Stato non assiste passivo al compimento degli atti dei privati ma esprime giudizi e valutazioni su questi, l'atto lecito non è di per sé valutabile in termini positivi. Per ricevere un giudizio positivo, l'atto deve essere anche meritevole di tutela [...] È un giudizio che dev'essere espresso alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, di quelli che ne sono i valori caratterizzanti. Ne consegue che non ogni atto lecito è meritevole di tutela. La semplice liceità esime, di regola, soltanto la responsabilità». En el mismo sentido, PERLINGIERI P., 1979, p. 141 s. Más ampliamente, PERLINGIERI P., 1983, p. 124 s.; PERLINGIERI P., 1991, p. 141.

<sup>151</sup> GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2597 s.

<sup>152</sup> La contrariedad al orden público interno se aprecia especialmente en lo que se refiere a los acuerdos prematrimoniales con contenido no patrimonial, que pueden implicar una violación de los derechos fundamentales. Por todos, GARCÍA RUBIO, 2005, p. 107. En este sentido, imaginemos un acuerdo prematrimonial que requiera, tras la ruptura familiar, vivir en un determinado lugar o municipio, o no volver a casarse, o no iniciar una nueva convivencia, o no tener una relación homosexual, o que prevean la pérdida de la custodia de los hijos en caso de nueva convivencia o que limiten, directa o indirectamente el derecho a separarse o divorciarse, o que imponen una cláusula penal en caso de divorcio o de separación. En este sentido, es posible aprovechar la experiencia doctrinal y jurisprudencial adquirida en relación con la disposición testamentaria que afecta a la libertad matrimonial y, más en general, con las disposiciones testamentarias que afectan a las libertades fundamentales. GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2603-2607; ALLUEVA AZNAR, *RCDP*, 2016, p. 113.

<sup>153</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, 2017, p. 219 ss.; OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, p. 295 ss.; VAQUER ALOY, 2016, p. 245 ss.

<sup>154</sup> Imaginemos un testamento con el que el causante, titular de un gran patrimonio, compuesto además de obras de arte, nombra un heredero y le impone la carga de destruir uno de los cuadros, de un conocido actor. La carga con la que impone la destrucción del cuadro no es ilegal, porque no contraviene ninguna norma imperativa, ni de orden público ni de la moral. Muy al contrario, la destrucción de un bien privado se considera un ejercicio del derecho de propiedad. Sin embargo, la disposición en cuestión no supera el control de merecimiento, ya que determina la eliminación de una obra de arte. Aunque se trata de una obra de arte privada y no hay ninguna norma que prohíba su destrucción, el control de merecimiento excluye la validez de la disposición. En conclusión, en Italia, el control de merecimiento sirve en todos los casos en que no hay oposición directa de un negocio a una norma imperativa, al orden público o a la moral, pero el negocio no cumple con algunos principios fundamentales. El control de merecimiento podría ser absorbido tranquilamente

En un Estado social de derecho, no basta con que el acto de autonomía privada sea lícito, porque también debe ser conforme y concretar los principios y valores del ordenamiento jurídico. En efecto, la mejor doctrina italiana<sup>155</sup> ha puesto de manifiesto que el cambio profundo y radical de las fuentes de derecho ha provocado un cambio radical en la propia teoría de la interpretación y exige que el jurista someta cada acto de autonomía privada al control de merecimiento de protección jurídica. Entendiendo con esta expresión una noción muy diferente a la que literalmente se expresa en el artículo 1322, párrafo 2, del Código Civil italiano y que se fundamenta en el sistema de derecho en su conjunto y, en particular, en las normas de los artículos 2, 3, 41 y 118 de la Constitución italiana. Este control se refiere a la función concreta del acto y ejerce un oficio de conformación de este<sup>156</sup>.

No se podría entender la necesidad de someter cada acto de autonomía privada a este control de estimación de protección jurídica, como verificación de la conformidad del acto negocial con el orden público constitucional, si no se comprendiera que la autonomía privada no es un valor en sí misma, que se justifica como puro ejercicio de la libertad, sino un valor en función de los intereses que el acto de autonomía realiza<sup>157</sup>.

No basta, para descifrar el fundamento del acto de autonomía privada, con invocar la norma del artículo 41 de la Constitución, que sin duda es importante, sobre todo en la parte en que aclara que la iniciativa económica privada no puede tener lugar en forma contraria a la utilidad social, o de manera tal que cause daño a la segu-

---

en control de la legalidad, ampliando el concepto de orden público. Desafortunadamente, en Italia, esto no ha sucedido, bien por tradición, bien porque existe un reconocimiento normativo del concepto (1322 c.c., 2645-ter), bien, sobre todo, por la resistencia a la aplicación directa de los principios constitucionales. Históricamente, el control de merecimiento se creó para someter el negocio jurídico a los principios constitucionales. Durante muchos años se ha dicho en Italia (todavía alguien opina lo mismo) que los principios constitucionales no eran normas jurídicas, sino meras normas programáticas dirigidas al legislador. Sobre la base de esta premisa, se excluyó el sometimiento del negocio jurídico a la aplicación de normas constitucionales. Para remediar esta situación, se elaboró la teoría del control de merecimiento. Aún hoy, la jurisprudencia italiana (especialmente la más sensible a la constitucionalización del derecho civil) decide los casos mediante el uso del concepto de merecimiento. V., Cass., 19 de junio 2019, n. 14343, en *Leggi d'Italia*; Cass., 10 de julio de 2018, n. 18138, en *Leggi d'Italia*; Cass., 2 de marzo de 2018, n. 4912, en *Leggi d'Italia*. No tengo ninguna duda de que la jurisprudencia podría haber resuelto estos casos sobre la base del concepto de legalidad, ampliando el concepto de orden público. Lo que en Italia es el control de merecimiento el control de merecimiento en España no es otra cosa que el control de la legalidad y, en particular, que el control de cumplimiento del negocio jurídico a los principios y valores de la Constitución, de los Tratados europeos y de las Convenciones internacionales.

<sup>155</sup> Véase nota n. 139.

<sup>156</sup> PERLINGIERI P. *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 216.

<sup>157</sup> BARGELLI, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 333, afirma que es esencial combinar el respeto por la autodeterminación con las instancias de solidaridad.

ridad, la libertad y la dignidad humana, porque el fundamento es múltiple y depende de los intereses en juego.

La autonomía privada, que sin duda constituye un hito del ordenamiento jurídico, no tiene un fundamento unitario, sino un fundamento en relación con los intereses realizados y actuados<sup>158</sup>. No sería legítimo dudar de la diferencia de fundamento entre un negocio de contenido patrimonial y un negocio de contenido no patrimonial, entre un contrato y un acuerdo matrimonial, entre un negocio de intercambio y un negocio liberal, entre un negocio que constituye una sociedad y un negocio que constituye un organismo eclesiástico, entre un contrato entre empresas y un contrato de trabajo. En este sentido, se explica por qué el fundamento de la autonomía privada encuentra su fundamentación en una pluralidad de reglas, diferentes según los intereses realmente realizados, y así en las reglas establecidas en los artículos 2, 3, 18, 20, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 45, Constitución. Es decir, en una evaluación unitaria, global y axiológica.

Desde esta perspectiva, el control del pacto prematrimonial es muy importante, ya que este pacto afecta a derechos y libertades constitucionalmente protegidos y, mucho más que otras áreas del derecho contractual, demuestra la importancia del control por parte del jurista.

Aunque el enfoque de este trabajo ha sido principalmente el pacto prematrimonial con contenido patrimonial<sup>159</sup>, no hay duda de que si el pacto tiene un contenido (también) no patrimonial los intereses concretamente implicados son diferentes y el control de merecimiento de protección jurídica es ciertamente más amplio. En presencia de hijos no cabe duda de que el control del acto de autonomía privada requiere tener en cuenta el interés superior del

---

<sup>158</sup> En el sistema jurídico italiano, no hay duda de que hay una diferencia de fundamento entre el negocio patrimonial y el negocio no patrimonial, entre el contrato y la capitulación matrimonial, entre el negocio de intercambio y el negocio liberal, entre el contrato comercial y el contrato de trabajo. En este sentido, se explica por qué el fundamento de la autonomía privada surge en una pluralidad de reglas, gradualmente, diferentes, según los intereses realmente realizados y, por lo tanto, en las reglas establecidas en los artículos 2, 3, 18, 20, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 45, Const. Es decir, en una evaluación unitaria, global y axiológica, que sea capaz de captar el potencial del acto, en relación con los intereses realizados y su idoneidad para condicionar uno u otro principio fundamental. Véase, RIZZO, *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 356.

<sup>159</sup> Para tener una idea de los múltiples contenidos que puede asumir un acuerdo prematrimonial, es útil el examen propuesto por HIJAS CID, *La Ley*, 2019, p. 3 ss., que imagina, discutiendo su validez en el derecho común español, los siguientes pactos prematrimoniales: pactos relativos a la pensión compensatoria; pactos sobre el uso de la vivienda familiar; pactos de liquidación del régimen económico matrimonial; pactos de indemnizatorios; pactos sobre el régimen económico matrimonial; pactos sobre alimentos; pactos preventivos de elección de la ley aplicable a la separación y al divorcio; pactos de educación de los hijos en caso de separación y divorcio; pactos de constitución de una renta vitalicia para uno de los cónyuges; pactos relativos a los deberes matrimoniales. Ver también, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, 2018, p. 442 ss.; GINÉS CASTELLET, *RCDI*, 2011, p. 2602 ss. Para un análisis más amplio PÉREZ HEREZA, *AAMN*, 2009, p. 547 ss.

niño, por lo que esta cláusula general se convierte en un instrumento de control fundamental para apreciar que el acuerdo merece la protección del derecho<sup>160</sup>.

En definitiva, una disciplina, por muy completa y cuidadosa que sea, como la que he propuesto como modelo y que, en mi opinión, constituye una excelente regulación, no puede excluir nunca la necesidad de control por parte del jurista, ni la función de controlar el ejercicio concreto de la autonomía privada. Se trata siempre de evaluar los intereses y la función concretas del acto, al fin de verificar no solo la conformidad con las normas, más o menos detalladas, que existen, sino, de manera más general, la conformidad con los principios y valores del sistema jurídico en su complejidad<sup>161</sup>.

En este sentido, la posibilidad de evaluar el acto según los criterios de la buena fe y el abuso de derecho también debe tomarse en la máxima consideración, privando de eficacia a ese pacto que, aunque formalmente cumpla con todas las reglas, integra una hipótesis de abuso de derecho.

Desde este punto de vista, creo que es muy importante para entender un ejemplo propuesto por una destacada doctrina<sup>162</sup>, que cuestiona la validez de un acuerdo prematrimonial, con el que uno de los cónyuges, una vez que descubre que ha desarrollado un programa informático del que puede conseguir ingresos financieros extraordinarios, obtiene que el otro cónyuge, aunque debidamente informado, renuncie a todos los derechos y posibles beneficios. Se plantea la cuestión de cuál debería ser el destino de este acuerdo, si se solicita su ejecución unos años más tarde, cuando el cónyuge ha alcanzado realmente ingresos millonarios debido al gran éxito del programa.

En este caso, sobre todo si se han respetado todas las normas y hay también información adecuada por parte del cónyuge renunciante, no cabe duda de que la ejecución del acuerdo es cuestionable. La sugerencia de esta doctrina<sup>163</sup> me parece muy convincente,

---

<sup>160</sup> El interés superior del niño es ciertamente un principio fundamental del derecho italiano, aunque no haya una ley (como la LOPM) que lo establezca exactamente. La evaluación del interés superior del menor (que también requiere una elasticidad de la decisión) se realiza en Italia no tanto a través del instrumento del control de legalidad, sino con el del merecimiento. Se hace referencia a este control en todos los casos en que non existe una prohibición precisa y determinada. En presencia de cláusulas generales y conceptos elásticos, que expresan principios fundamentales del sistema jurídico, se discute el control de merecimiento. No cabe duda de que se trata de una convención lingüística, ya que en el fondo no creo que esta apreciación sea diferente de la que se hace en España, refiriéndose exclusivamente al control de la legalidad. Y en este punto, me parece muy claro, OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, p. 295; OLIVA BLÁZQUEZ, 2017, p. 219.

<sup>161</sup> CHIAPPETA, *Rass. dir. civ.*, 2020 (pendiente de publicación); NAZZARO, 2018, p. 94 ss.

<sup>162</sup> GARCÍA RUBIO, 2005, p. 120, «parece que los únicos instrumentos para llegar a tal resultado son las cláusulas generales de buena fe y prohibición del abuso del derecho».

<sup>163</sup> Véase nota n. 151.

ya que propone excluir la eficacia del pacto, invocando el principio de la buena fe o el abuso del derecho.

El ejemplo, que también ofrece una pista particularmente interesante, creo que sirve sobre todo para demostrar que el pacto prematrimonial siempre requiere un control atento por parte del juez, especialmente porque tal pacto es el punto de equilibrio entre autonomía y heteronomía.

La introducción del pacto prematrimonial en el derecho italiano, que me parece una medida necesaria y que espero que se produzca lo antes posible, ofrece al jurista contemporáneo un nuevo reto que solo podrá asumir responsablemente cuando logre combinar la técnica con los principios y valores del sistema jurídico. Conscientes de que la técnica sin principios es un tecnicismo incapaz de soluciones adecuadas y de que los valores sin técnica corren el riesgo de convertirse en arbitrariedad de decisiones.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L.: «Los pactos prematrimoniales: el papel de la autorregulación en la crisis de pareja», en L. Aguilar Ruiz, J. Arjona Guajardo-Fajardo, & G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Navarra, 2014 a, pp. 21-39.
- «Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia», en L. Díez-Picazo, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, t. I.*, Cizur Menor, 2014 b, pp. 105-124.
- AL MUREDEN, E.: «Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata», *Familia*, 2002, p. 990 ss.
- ALLUEVA AZNAR, L.: «Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial. Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1a), de 12.7.2012», *Indret*, 2013, pp. 1-19
- «Gènere I dret de família: una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2016, pp. 101-121.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: Límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario», *Diario La Ley*. 1-9.
- «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario», *Diario La Ley*, n. 5876, 2000, 2003, pp. 1657-1663.
- «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377.
- «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», en N. Bouza i Vidal, C. García i Segura, A. J. Rodrigo Hernández, & P. Pareja Alcaraz, *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales. Barcelona. 19-20 de septiembre de 2013*, Madrid, 2015, pp. 146-181.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «La relatividad esférica del orden público internacional. Una descripción básica», pendiente de publicación.
- ANTÓN JUÁREZ, I.: «Los acuerdos prematrimoniales en derecho internacional privado español», *Estudios Socio-Jurídicos*, 21 (1), 2019, pp. 61-90.
- AULETTA, T.: «Gli accordi sulla crisi coniugale», *Famiglia*, 2003, pp. 45-66.
- BALESTRA, L.: «Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione», *Rivista di diritto civile*, 2005, pp. 277-296.
- BARASSI, L.: «La famiglia legittima nel nuovo codice civile», Milano, 1940.
- BARBA, V.: «La rinuncia all'eredità», Milano, 2008.
- «I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni», Napoli, 2015.
- «Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente», *Giustizia civile.com, approfondimento del 27 novembre 2017*, 2017, pp. 1-36.
- «Le norme applicabili alle persone unite civilmente», en G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia, V, Unione civile e convivenza di fatto*, Torino, 2017, pp. 143-198.
- «Unione civile e adozione», *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 381-395.
- «Contenuto del testamento e atti di ultima volontà», Napoli, 2018.
- «L'ordine pubblico internazionale», *Rassegna di diritto civile*, 2018, pp. 403-448.
- «Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, pp. 13-50.
- «Tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso», *GenIUS*, 2018, pp. 68-84.
- BARGELLI, E.: «L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio», *Rivista critica di diritto privato*, 2001, pp. 303-333.
- BARRIO GALLARDO, A.: «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, 2016, pp. 74-87.
- BIANCA, C. M.: «L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione», *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 537 ss.
- «L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?», *Giustizia Civile.com., 15 maggio 2017*, 2017, p. 1 ss.
- «Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e filiale», en U. Salanitro, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, pp. 119-125.
- BONOMI, A.; & WAUTELET, P.: «Il regolamento europeo sulle successioni», Milano, 2015.
- CABEZUELO ARENAS, A.: «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», *Aranzadi civil*, 2004, pp. 2375-2394.
- CALVO CARAVACA, A.; & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Efectos del matrimonio», en Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González J., *Derecho internacional privado, II*, (17.<sup>a</sup> ed.), Granada, 2017, pp. 213-270.
- CASTILLA BAREA, M.: «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)», en M. M. Yzquierdo, & M. Cuenca, *Tratado de derecho de familia, II*, Pamplona, 2011, pp. 295-380.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.: «Funcionamiento de los acuerdos prematrimoniales en España», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*. Milano: Giuffé, 2018, pp. 429-451.

- CERVILLA GARZÓN, M.: «Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de familia de Cataluña y en el derecho norteamericano», *Diario La Ley*. 14/2013, n. 8011, 2013, pp. 1-11.
- «Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de derecho comparado». Valencia, 2013.
- «Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afectan a los hijos menores: reflexiones en torno a su eficacia», *La Ley Derecho de familia*, n. 11, 2016, pp. 1-11.
- «Acuerdos prematrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)», *Revista de derecho civil*, 2017, pp. 3-54.
- «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018», *Diario La Ley*. 19 de noviembre 2018, n. 9301, 2018, pp. 1-12.
- CHIAPPETA, G.: «La «semplificazione della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia», *Rassegna di diritto civile*, 2020 (pendiente de publicación), pp.1-15.
- CHIASSONI, P.: «La defettibilità nel diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 471-506.
- CIAN, G.: «Autonomia privata e diritto di famiglia», en A. Belvedere, & C. Granelli, *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 35 ss.
- CICU, A.: «Il diritto di famiglia. Teoria generale (1914)», Bologna, 1978.
- COPPOLA, C.: «La rinuncia ai diritti futuri», Milano, 2005.
- DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; & BOSCH CAPDEVILA, E.: «Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia» (2.<sup>a</sup> ed.), Madrid, 2016.
- DI FEO, A.: «Assegno sociale, assegno di mantenimento e obblighi di assistenza», *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, p. 297 ss.
- ESPINAR VICENTE, J.: «El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado», Navarra, 1996.
- FUSARO, A.: «Maritals contract, Eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp. 475-493.
- «La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 7-31.
- GABRIELLI, G.: «Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza», *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 695-702.
- GANNAGÉ, L.: «L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs», *Travaux du comité français de droit international privé*, 2009, pp. 205-241.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», en A. d.-U. Girona, *Nous reptes del Dret de familia. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, 2005, pp. 95-121.
- «Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho», Madrid, 1995.
- «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código Civil», *Anuario de derecho civil*, 2003, pp. 1653-1673.
- GASPAR LERA, S.: «Los acuerdos prematrimoniales en el derecho inglés. Validez eficacia y discrecionalidad judicial», *InDret*, 2012, (3), pp. 2-25.



- GINÉS CASTELLET, N.: «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2011, (727), pp. 2577-2620.
- GORGONI, A.: «Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 291-314.
- HUJAS CID, E.: «Pactos prematrimoniales», *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 24, 2019, pp. 52-64.
- LANDINI, S.: «Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 241-254.
- LAS CASAS, A.: «Accordi prematrimoniales, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatística», *Contratti*, 2013, pp. 913-924.
- MACCORMICK, N.: «Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning», Oxford, 2005.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: «Supuestos de cláusula rebus sic stantibus en el derecho de familia», en T. Torres García, *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*, Valencia, 2017, p. 467 ss.
- NAZZARO, A.: «Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 83-96.
- NIMMER, M.: «The right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy», *California Law Review*, 1968, pp. 935-967.
- OBERTO, G.: «I contratti della crisi coniugale», Milano, 1999.
- «Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale», *Famiglia e diritto*, 2003, p. 389 ss.
- «Contratto e famiglia», en V. Roppo, *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, pp. 107-348.
- «Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio», *Famiglia e diritto*, 2006, pp. 150-165.
- «Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino», *Famiglia e diritto*, 2012 a, p. 803 ss.
- «Contratti prematrimoniales e accordi preventivi sulla crisi coniugale», *Famiglia e diritto*, 2012 b, pp. 69-102.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Límites a la autonomía privada en el derecho de los contratos: la moral y el orden público», en M. A. Parra Lucán, *La autonomía privada en el derecho civil*, Navarra, 2016, pp. 295-360.
- «La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación», en S. Gaspar Lera, & M. A. Parra Lucán, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinaria*, Zaragoza, 2017, pp. 219-226.
- ORDUÑA MORENO, F.; & MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: «La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*? Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado», (2.<sup>a</sup> ed.), Cizur Menor, 2017.
- ORTIZ VIDAL, M.: «Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado», *Revista Jurídica Región de Murcia*, 2018, pp. 46-74.

- PALAZZO, M.: «I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio», *Giustizia civile*, 2017, pp. 93-137.
- «Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 255-290.
- PATTI, S.: «La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia», *Famiglia, persone, successioni*, 2005, pp. 197-201.
- PÉREZ HEREZA, J.: «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2009, pp. 547-602.
- PERLINGIERI, G.: «Profili istituzionali del diritto civile», Napoli, 1975.
- «Profili istituzionali del diritto civile» (2.<sup>a</sup> ed.), Napoli, 1979.
- «Il diritto civile nella legalità costituzionale», Napoli, 1983.
- «Il diritto civile nella legalità costituzionale (2.<sup>a</sup> ed.)», Napoli, 1991.
- «L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo», Napoli, 2013.
- «“Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale», *Rassegna di diritto civile*, 2017, pp. 204-228.
- PERLINGIERI, G.; & ZARRA, G.: «Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale», Napoli, 2019.
- PINO, G.: «Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale», *Danno e Responsabilità*, 2003, pp. 577-586.
- «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi», *Ragion pratica*, 2007, pp. 255-261.
- QUICIOS MOLINA, M.: «El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la STS de 24 de junio de 2015», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 101, 2016, pp. 191-208.
- RENDA, A.: «Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio», *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 1024 ss.
- RIZZO, V.: «Contratto e costituzione», *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 356 ss.
- RODRÍGUEZ GUIZIÁN, A.: «Los pactos de pre-ruptura conyugal», Cizur Menor, 2018.
- «Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, pp. 99-132.
- «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 109, 2019, pp. 261-277.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: «Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales», Granada, 2002.
- RUSSO, E.: «Gli «effetti inderogabili» del matrimonio», *Rivista di diritto civile*, 2004, pp. 569-605.
- RUSSO, T.: «Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi familiare», *Rassegna di diritto civile*, 2014, pp. 459-483.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: «L'autonomia privata nel diritto di famiglia», en F. Santoro-Passarelli, *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 381 ss.
- SCACCIA, G.: «Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 3953-4000.
- SCHERPE, J. M.: «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher y Granatino», *Indret*, 2012, 2, pp. 2-24.

- SILLERO CROVETTO, B.: «Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2018, pp. 2780-2807.
- «Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido», en M. D. Cervilla Garzón, & C. Lasarte Alvarez, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de la pareja*, Valencia, 2018, pp. 385-412.
- SOLÉ FELIU, J.: «Comentario al artículo 231-20 del Codi Civil de Catalunya», en *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Egea i Fernández, J., Ferrer i Riba, J. (dirs.), Farnós i Amorós, E. (coord.), Barcelona, 2014, pp. 146-161.
- SPADAFORA, A.: «Il «nuovo» assegno di divorzio e la misura della solidarietà post affettiva», *Giustizia Civile.com.*, 25 luglio 2017, 2017, p. 1 ss.
- TAGLIAFERRI, V.: «Negozi familiari in vista della separazione e divorzio», en S. Landini, & M. Palazzo, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, pp. 175-208.
- VAQUER ALOY, A.: «Los límites a la autonomía privada en el derecho de sucesiones», en M. A. Parra Lucán, *La autonomía privada en el derecho civil*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 245-294.

# ¿Por qué el artículo 1482 del Código Civil menciona al «vendedor o vendedores»?

**JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE**

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca

## RESUMEN

*La explicación del artículo 1482 CC es histórica: la obligación de sanear por evicción se concibe como una obligación indivisible. No significa que quepa reclamar de la cadena de transmitentes anteriores.*

## PALABRAS CLAVE

*Evicción.*

# Why does article 1482 CC mention the «seller or sellers»?

## ABSTRACT

*The justification of article 1482 CC is historical: the eviction is conceived as an indivisible obligation. It does not mean that it is possible to claim from the previous transferors.*

## KEYWORDS

*Eviction.*

SUMARIO: 1. *Preliminar*.–2. *La inclusión de los «vendedores» ni es un error ni un desliz del legislador*.–2.1 Antecedentes probables.–2.2 El principio de no redundancia.–2.3 El sentido del uso del plural en la redacción de las normas.–3. *Dos interpretaciones sobre la designación de los «vendedores»*.–3.1 La norma exige el llamamiento a todos los vendedores y encauza el problema de cómo responden tanto frente al comprador como entre sí.–3.2 El comprador puede emplazar a quienes formen parte de la cadena de transmitentes, además de a su vendedor.–4. *El significado del precepto: nuestra propuesta y algunas conclusiones*.–*Bibliografía*.

## 1. PRELIMINAR

1. El artículo 1482 CC, a diferencia del resto de preceptos relativos al saneamiento por evicción que solo se refieren al vendedor en singular, emplea el sintagma «vendedor o vendedores» en sus párrafos primero y tercero.

¿Qué significado tiene esta mención?; ¿por qué se distingue entre vendedor y vendedores?

El uso del singular es común en cualquier texto legal en razón de su carácter no marcado o genérico: en otras palabras, el singular en los textos legales «comprende al plural». La cuestión de cómo organizar la pluralidad, si fuera preciso, no compete, como regla, al uso del singular con carácter no marcado o genérico. La idea es sencilla: donde hay un comprador puede haber varios, como donde hay un dañante o un prestatario.

En algún caso se establece una norma expresa porque la pluralidad interesa al adecuado régimen de un problema y entonces el recurso al plural cumple una función concreta, esto es, disfruta de un significado «adicional». Así porque en el supuesto de hecho el problema gira en torno a «varios» sujetos (*v.gr.* arts. 597, 1515-1517, 1522 y 1523 CC) o en los casos recogidos en los artículos 52.2, 252.6.<sup>a</sup>, 396.2, 401.2, 420 o 568.3 LEC.

¿Este es el caso del artículo 1482 I y III CC? Y si lo fuera: ¿cuál es ese significado adicional?

2. El tenor literal del artículo 1482 del Código civil es el siguiente:

[I] El comprador demandado solicitará, dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala para contestar a la demanda, que esta se notifique al vendedor o vendedores en el plazo más breve posible.

[II] La notificación se hará como la misma ley establece para emplazar a los demandados.

[III] El término de contestación para el comprador quedará en suspenso ínterin no expiren los que para comparecer y contestar a la demanda se señalen al vendedor o vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la expresada Ley de Enjuiciamiento Civil, contados desde la notificación establecida por el párrafo primero de este artículo.

[IV] Si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará, respecto del comprador, el término para contestar a la demanda.

3. En este trabajo intentaremos ofrecer una explicación de la inclusión de la mención del plural «vendedores» en los párrafos primero y tercero de este precepto. Para ello, en primer término, descartaremos que se trate de un error o un desliz del codificador. Todo lo contrario, es una decisión consciente (*sub 2*).

Seguidamente expondremos las dos interpretaciones que se han ofrecido para atribuir un significado al precepto. A saber. Según la primera, la mención a los «vendedores» concierne estrictamente a los casos en que haya varios vendedores al tiempo de la celebración del contrato: la contraparte del comprador, si se quiere, es plural. Se trata de una norma que ordena expresamente el caso de pluralidad y «exige que todos los vendedores sean requeridos» para que, frente a ellos, pueda pedirse con éxito el saneamiento (art. 1481 CC). Y son ellos y solo ellos los que pueden ser emplazados.

Según la segunda interpretación, esta mención «permite», se dice, emplazar –y exigir los efectos propios del saneamiento por evicción, también– a cualesquiera miembros de la «cadena de transmitentes» anteriores al vendedor que sea contraparte del contrato en que se invoca el saneamiento, puesto que, no en vano, todos ellos han sido «vendedores» o, si se quiere, transferentes a título oneroso (*v.gr.* permutante).

Cuál o cuáles de los transferentes anteriores sean emplazados es una cuestión que queda al arbitrio del comprador y que no depende necesariamente de que el defecto en la titularidad del comprador (sustento de la pretensión del tercero) quepa referirla a unos o a otros. Esta interpretación exige decidir sucesivamente cómo se distribuye entre los distintos coobligados al saneamiento la obligación pecuniaria en que se sustancia. Examinaremos con detalle ambas interpretaciones más adelante, *infra* 3.

Por nuestra parte daremos cuenta de la explicación que patrocinamos que es la que hemos enunciado como primera interpretación y que se funda, sobre todo, en dos razones que anticipamos ahora de modo sucinto.

Por un lado, se explica en los antecedentes del artículo 1482 CC o mejor, en el régimen de la obligación de sanear según fuera concebido por el codificador. Por otro lado, en el sentido y función del contrato y los remedios ideados para asignar los riesgos que sobrevienen a su celebración y que decepcionan el interés del comprador (*sub* 4).

Nuestra interpretación es, creemos, coherente. Al menos no establece diferencias valorativas con otros supuestos del Derecho de contratos en los que a un tercero le es imputable el incumplimiento que sufre una parte del contrato<sup>1</sup>.

Por último formularemos algunas conclusiones que sirvan eventualmente para la discusión.

4. La despreocupación del legislador por esta cuestión es patente cuando proyecta un nuevo régimen para el contrato de compraventa puesto que considera a los defectos jurídicos (a la existencia de derechos o de pretensiones de terceros sobre la cosa vendida) como otro caso más de incumplimiento o de falta de conformidad. Además los remedios se ordenan de modo uniforme, sin atender a especialidad alguna sobre el tipo o razón del incumplimiento<sup>2</sup>.

En los distintos proyectos de los que enseguida damos cuenta, el asunto de la llamada al «vendedor» por el comprador frente al que se ejerce algún remedio derivado del incumplimiento se resuelve, si acaso, como deber de colaboración para el caso de que el comprador opte por defender su posición frente al tercero, pero no como un remedio frente a los defectos jurídicos o frente a la existencia de pretensiones de terceros sobre la cosa vendida.

---

<sup>1</sup> Hay un itinerario que tal vez haya que recorrer en algún momento: la correlación entre saneamiento por evicción y la ausencia de reglas robustas de protección de las adquisiciones. Cuando estas aparecen (por ejemplo, en el tráfico inmobiliario, con el Registro de la propiedad y sus poderosos efectos de inoponibilidad, artículos 32 y 34 LH) el saneamiento por evicción tiene un alcance episódico, próximo a la irrelevancia. E igualmente las reglas para la repercusión en cabeza de un tercero de defectos de los que haya respondido el vendedor pero que sean imputables a tal tercero, con el que aquel contrató: en definitiva, la lesión padecida por el comprador (que sufre el ejercicio eficaz de una pretensión por un tercero) descansa en la conducta de un tercero de la que el vendedor responde. Asunto que se desdobra en estas dos preguntas: si le cabe al comprador dirigirse contra el tercero al que es imputable el defecto; y si puede el vendedor que responde ejercer alguna acción de regreso frente a su transferente si a este le fuera imputable el defecto. Véase, BUSTO LAGO, *Aranzadi civil-mercantil* 11 (2015), pp. 29-51.

<sup>2</sup> Como ya propugnó entre nosotros, así, PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) IV, pp. 1719-1746, y sobre el saneamiento por evicción, véanse especialmente, las pp. 1722-1723 y nota 26, que sigue las propuestas del legislador alemán al tiempo de modernizar su Derecho de obligaciones.

En la mayor parte de estos proyectos se prescinde tanto del saneamiento por evicción como de la llamada en garantía<sup>3</sup>.

Su empeño estriba en unificar el régimen del incumplimiento, sea por defectos cualitativos o por defectos jurídicos. O, respecto a estos últimos para el caso de que «existan derechos o pretensiones jurídicamente fundadas de terceros», que no deja de ser un modo distinto de describir el supuesto de hecho de la evicción, más generoso que el estrecho supuesto previsto, por ejemplo, en el artículo 1475 I CC. No se exige que concluya un procedimiento con sentencia firme y basta para hacer valer la defensa que la pretensión del tercero sea «fundada».

Por su parte, la *Propuesta de modificación del Código civil en materia de compraventa* de 2006 afrontaba este asunto de un modo diferente<sup>4</sup>. Como dice su exposición de motivos:

*El cambio introducido en el sistema de responsabilidad del vendedor por existencia de derechos de tercero permite al comprador utilizar los derechos que en este caso le corresponden, los propios del incumplimiento, aunque no haya sido vencido en juicio por el verdadero propietario. Nada impide, sin embargo, al comprador optar por la defensa de su situación, fundada en el contrato de compraventa, frente al tercero que le demanda. Pensando en ese caso ha parecido conveniente imponer al vendedor, como obligación derivada del contrato de compraventa, la de prestarle la colaboración que le requiera.*

Y, en congruencia, el artículo 1494 CC proyectado rezaba: *El comprador, tan pronto como llegare a su conocimiento que un tercero ha ejercitado o abiertamente prepara una acción dirigida al reconocimiento o a la efectividad de un derecho que conforme al*

<sup>3</sup> Así la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (*Propuesta de Código civil, libros quinto y sexto*, Asociación de Profesores de Derecho civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016) en la senda, como afirma su Exposición de Motivos, de la CNUV (*Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena 11 abril 1980, Instrumento de adhesión 1990, BOE 30 enero 1991, arts. 41, 42, 43 y 45.1); del DCFR [su texto en: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia*, Carmen JEREZ DELGADO (coord.), BOE, Madrid, 2015; arts. IV. A-2:301 (d), 2:305, 2:306 y 4:302 (4); el CESL (así, el art. 102 de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final] y, por último, la *Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación*, Ministerio de Justicia, 2013; véanse los artículos 511-2, 511-10; 511-12; 511-16 a 511-20 y 511-26.

<sup>4</sup> *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa, formulada por la Comisión General de Codificación*, BIMJ 1988 (2006). Véase, MORALES MORENO, ADC (2003) IV, pp. 1609-1651; especialmente, pp. 1645-1648. Por otra parte con presupuestos análogos a los de la vigente CNUV, véase, MIQUEL GONZÁLEZ, 1998, sub artículo 41.



*contrato no deba afectar a la cosa, lo notificará al vendedor y este prestará a aquel la colaboración que requiera.*

5. Somos conscientes de que este trabajo acabará en los anaqueles de la historia, junto con el saneamiento por evicción como remedio especial, pero servirá –esperamos– para deshacer algún equívoco interpretativo y para subrayar alguno de los rasgos propios del Derecho de contratos; de la función del contrato y de sus efectos, así como del régimen de los remedios frente al incumplimiento, en cualquiera de sus formas y, por último, de la exigencia de coherencia valorativa que debe satisfacer cualquier régimen existente (o proyectado) de remedios frente al incumplimiento.

La interpretación del artículo 1482 CC es un asunto que ha solidado despacharse con cierta displicencia, displicencia que tal vez se justifique por la escasa repercusión práctica que tiene el saneamiento por evicción, oscurecido y pospuesto por el frecuentísimo y agudo problema del saneamiento por vicios ocultos y su concurrencia con el régimen común de la respuesta al incumplimiento contractual, con la aparición de la doctrina del *aliud pro alio*, tan práctica como inconsistente.

El saneamiento por evicción ha inspirado sobre todo la controversia sobre si la obligación del vendedor alcanza o no, o con qué límites, la de transmitir la propiedad de la cosa vendida. Como veremos seguidamente los argumentos empleados en favor de una u otra opción ni son profusos ni tampoco se han perfilado con el paso del tiempo. De nuevo, tal vez por el relativo abandono que ha sufrido la evicción entre nosotros.

6. No es objeto de este trabajo exponer las reglas por las que se rige el saneamiento por evicción; esto es, cuándo procede y qué efectos tiene; ni tampoco dar cuenta de los casos de la llamada evicción invertida ni de las dificultades que suscita la intervención provocada<sup>5</sup>.

Sí cabe señalar, porque influye en el significado del artículo 1482 CC, que la llamada en garantía del vendedor o vendedores tiene por propósito *hacer posible que el vendedor pueda defender en el proceso de evicción la posesión legal y pacífica para el comprador de la cosa que le vendió* (STS 857/2007, de 17 de julio)<sup>6</sup>.

No está muy claro en la jurisprudencia qué riesgo es el que se asigna con la evicción. Así últimamente, en un caso en que se

<sup>5</sup> Sobre tales asuntos hay una extensa literatura: así RODRÍGUEZ MORATA, 1990; ídem: 2013, pp. 1353-1362; RUBIO GARRIDO, 1993; TORRALBA SORIANO, 1993, *sub* artículo 1482; MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, pp. 401-428; MORALEJO IMBERNÓN, 2020 y CLEMENTE MEORO/NIETO MONTERO, 2014, pp. 106 ss.

<sup>6</sup> STS 5025/2007; Antonio SALAS CARCELLER, FD 9.º

rechaza que sea aplicable la evicción, dice la STS 346/2018, de 7 de junio, FD 3.º, 2:

*El saneamiento por evicción es la obligación a cargo del vendedor (o de sus herederos, art. 1257 CC) de responder frente al comprador en el caso de que tras la entrega se vea privado de la cosa comprada por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra (art. 1475 CC). De esta forma, la ley atribuye al vendedor el riesgo de que la cosa sea ajena y le imputa ese riesgo para proteger al comprador que no conoce que el vendedor no es propietario de lo que le vende. El supuesto de hecho típico en el que está pensando la norma es el de una acción reivindicatoria en la que el comprador y un tercero ajeno a la compraventa discuten sobre la titularidad de la cosa vendida y, finalmente, el comprador, se ve privado de la cosa por no haber adquirido la propiedad<sup>7</sup>.*

Sí es un lugar más o menos común que en el procedimiento en el que el vendedor es emplazado no puede ser condenado pese a comparecer como demandado y será después cuando deba hacer honor a su obligación de sanear. Su participación se limita a defender, si así fuera el caso, la regularidad del título del comprador demandado puesto que su propio título (en el que se asienta el del comprador) es enteramente regular. Efectos, todos, de nuestro sistema de adquisición derivativa de los derechos.

Así la STS 905/1993, de 11 de octubre: (...) *dado que el vendedor llamado en garantía no es demandado en el juicio de evicción y la única consecuencia que para él tiene la sentencia estimatoria de*

<sup>7</sup> STS 2091/2018; M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN. No está claro el riesgo que se distribuye en la evicción porque en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha hecho consideraciones distintas sobre este riesgo. Así la STS 132/2014, de 21 de marzo (STS 2395/2014; Francisco J. ORDUÑA MORENO) dice el Tribunal, aunque sea *obiter dicta*, FD 2.º, números 6 y 7: «[6] Aunque nuestro Código Civil no distingue las distintas fases que encierra la dinámica del fenómeno de la evicción, que subyacen en la clásica expresión latina de *praestare evictione* (garantizar contra el riesgo o el peligro de evicción), no obstante, el juego de las mismas queda reflejado en la extensión del significado jurídico de nuestro término referido al saneamiento, esto es, como acción y efecto de sanear (art. 1474 del Código Civil), proyectándose la defensa de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (*habere licere* del comprador) tanto en la fase obligacional derivada del contrato (*pendente evictione*), como una acción de defensa y protección del derecho transmitido, como en la fase de responsabilidad o comunicación de la evicción con el consiguiente contenido indemnizatorio. [7] Conforme al contexto descrito, aunque solo sea de forma sintética, se comprende que el saneamiento por evicción opera como un componente o elemento natural del contrato de compraventa, acorde con la eficacia que debe tener el derecho o titularidad transmitido, en orden a permitir el normal desenvolvimiento del *habere licere* del comprador; de ahí la obligación natural que se deriva del contrato de compraventa de cara, *prima facie*, a garantizar contra este riesgo contractual que puede frustrar el ejercicio del derecho transmitido». En un sentido parecido, la STS 770/2013, de 19 de diciembre (STS 6303/2013, José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL). Siguen estas dos últimas a Miquel GONZÁLEZ, 2006. Definir cuál sea el riesgo no es una cuestión menor, aunque no es determinante para nuestro propósito.

*la demanda de evicción, al haber quedado preparada la acción de saneamiento con la notificación es la de venir obligado a sanear*<sup>8</sup>.

## 2. LA INCLUSIÓN DE LOS «VENDEDORES» NI ES UN ERROR NI UN DESLIZ DEL LEGISLADOR

Hay al menos, nos parece, tres razones que impiden considerar que la inclusión de los «vendedores» junto al vendedor sea un error o un desliz del codificador: por un lado, sus antecedentes probables, en segundo término, el principio de no redundancia y, por último, el sentido lingüístico más plausible del uso del plural cuando se redacta una norma. Veámoslas por separado.

### 2.1 ANTECEDENTES PROBABLES

1. Los antecedentes inmediatos del artículo 1482 CC parecen revelar la existencia de una decisión consciente o querida del codificador de mencionar a los «vendedores» junto al vendedor: tanto por la influencia probable del Código civil chileno de 1855 en el Anteproyecto de Código civil (APCC) 1881-1888 (cuyo art. 1508 es prácticamente idéntico al vigente art. 1482 CC) como por lo que dijera Robert J. Pothier sobre el problema de la pluralidad, como veremos más adelante (*infra* § 3.1).

El Proyecto de Código civil de 1851 no refería tal pluralidad y es, por tanto, una novedad que incorpora el APCC 1881-1888. Así su artículo 1404 mencionaba solo al «vendedor». Decía el artículo 1404 Proyecto CC (1851): *No tiene lugar el saneamiento, si el comprador no ha hecho notificar al vendedor la demanda de evicción en el término señalado en el Código de procedimientos, y el vendedor prueba que tenía medios bastantes para hacer valer su derecho y ser absuelto de la demanda*. Precepto este redactado en la senda del artículo 1640 *Code civil* que siguiera, entre otros, también el *Codice civile* italiano de 1865 en su artículo 1497.

La preocupación principal del Proyecto CC 1851 era dar ocasión al vendedor para la defensa de su propia posición: si el comprador no le daba tal oportunidad, y le cabía al vendedor la alega-

<sup>8</sup> STS 6758/1993; Pedro GONZÁLEZ POVEDA. En cualquier caso no le cabe al vendedor esgrimir en su defensa de la obligación de sanear (frente al comprador vencido) las excepciones que pudo oponer (o que opuso, en su caso, sin éxito) en el procedimiento principal que da lugar a la evicción. No hace falta, entonces, hacer consideraciones sobre el alcance de la cosa juzgada y su oponibilidad a quien compareció en el procedimiento o a quien no lo hizo pudiendo (ya sabemos que basta que el vendedor tenga ocasión de comparecer).

ción de medios de defensa bastantes, el comprador perdía el derecho al saneamiento<sup>9</sup>. La regla era coherente: si el defecto jurídico solo podía proceder del título del vendedor (en todo caso «no» del comprador, recuérdese que el art. 1475 I CC menciona un «derecho anterior a la compra») no podía ser otro que el vendedor el llamado a defender el título. Si soportaba el riesgo debía también tener ocasión de la defensa: no tendría buen sentido asignarle el riesgo y no permitirle desembarazarse o acreditar que no concurrían los requisitos para su ocurrencia.

En el comentario al artículo 1398 del Proyecto, García Goyena, al examinar la mención al vendedor, señala:

«Si el primer comprador vende la cosa en mayor precio á un tercero, en cuyo poder resulta incierta, el vendedor primitivo responderá por el saneamiento, al tercero del mayor precio que dio, según declaración del tribunal de Casación citado por Rogron<sup>10</sup>. Pero séame permitido observar con timidez, que esa declaración parece rozarse con el artículo 1631 Francés, según el cual, el primer comprador no puede reclamar otro precio mayor ni menor que el que dio. El segundo comprador tiene que reclamar del primero, y resultando este insolvente, a lo sumo podrá sustituirse en su lugar y derechos contra el vendedor primitivo, es decir, reclamar el precio entregado por el primer comprador: según el número 1 de nuestro artículo 1401 (de contenido idéntico al vigente artículo 1478.1.º CC), la declaración referida sería más fundada. Gómez, número 46, capítulo 2, libro 2, *var. resol.*, niega al segundo y ulteriores compradores acción contra el vendedor primitivo, si el primer comprador no les cedió las suyas»<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> En su comentario al artículo 1404, GARCÍA GOYENA (1852) reproduce varios pasajes del Digesto en esta dirección. Así Digesto (D. en adelante) 21, 2, 53 I: *si cum posset emptor auctori denuntiari, non denuntiasset, idem que victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse. Et ex stipulatu agere non potest*; D. 21, 2, 55: *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit, non committitur stipulatio*; y, por último, D. 21, 2, 29 II: *Quolibet tempore venditori denuntiari potest, dumtamen ne prope ipsam condemnationem id fiat*. Véase su antecedente probable, DOMAT, 1695, section X, número 21 y la nota en que cita el Digesto con algún añadido. Entre nosotros existía una traducción disponible de la obra de DOMAT antes de que se redactara el Proyecto de Código civil. Me refiero a *Las leyes civiles en su orden natural*, I, arreglada para el uso de los españoles por Felio VILARRUBIAS y José SARDÁ, Imprenta de José Taulo, Barcelona, 1841. En el Proyecto de 1851 la clave era, por tanto, asegurar que el vendedor podía defender el título del comprador: si este no le daba ocasión podría el vendedor oponerle sucesivamente tales excepciones o defensas y negarse, con ello, a satisfacer su obligación de sanear. La fórmula que se adopta en el APCC (y luego en el Código civil vigente) es más sencilla y no valora qué haga o deje de hacer el vendedor: en su mano está comparecer y, si no lo hiciera o haciéndolo no lograra una defensa útil del derecho del comprador, responderá (arts. 1480 y 1481 CC).

<sup>10</sup> ROGRON, *Code*, 1827, sub artículo 1630, p. 332.

<sup>11</sup> Se refiere GARCÍA GOYENA a Antonio Gómez (1501-1561): *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii commentaria*, II. *De contractibus*, obra que, en lo que nos interesa, se reproduce parcialmente en *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez*, por Joseph MARCOS, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1789, II, en particular,

2. La posición de García Goyena en el Proyecto de Código civil de 1851 es congruente con lo que sostuvo cuando comentaba las Partidas, junto con Joaquín Aguirre. Referían la pluralidad de llamados a los casos en que hubiera herederos o sucesores del vendedor, aunque también exponían la posibilidad de dirigirse contra transmitentes anteriores «solo para el caso de que se hubieran cedido las acciones frente a estos». Así decían García Goyena y Aguirre en el *Febrero*:

«Los efectos de la evicción son, que si alguno moviere pleito o pusiere obstáculo al comprador, o a quien le represente, sobre la propiedad, posesión y goce de la cosa comprada, saldrán a su defensa el vendedor, sus herederos y sucesores, siendo requeridos conforme a derecho y seguirán el pleito a sus expensas, hasta dejar al comprador y a los suyos en quieta y pacífica posesión de ella y en el seguro e íntegro goce de su producto.»

Y luego añaden: «Si después de celebrada la venta se mueve algún pleito sobre su propiedad, posesión o servidumbre, lo ha de hacer saber luego el comprador al vendedor o vendedores (pues siendo muchos es menester citarlos a todos) o al menos antes de la publicación de probanzas, que esto quiere decir la expresión *siendo requeridos conforme a derecho*, para que tenga tiempo de hacerlas, y no quede indefenso».

Por último, señalan: «Puede igualmente el vendedor ceder al comprador la acción de evicción que tiene contra el que le vendió antes la cosa, y entonces podrá el comprador repetir contra sus bienes del mismo modo que el vendedor podría hacerlo; pero si no se lo cede, lo tendrá únicamente contra este y sus herederos»<sup>12</sup>.

---

capítulo II, número 74. Aunque de forma cautelosa («séame permitido» dice) y con el apoyo firme de Antonio GÓMEZ, GARCÍA GOYENA señala que el saneamiento es un efecto del «contrato» y que vincula o es exigible a las partes que lo celebraron y no cabe extenderlo más allá, salvo que el vendedor hubiera cedido al comprador las acciones que tuviere frente a su transmitente, contraparte de su propio contrato. En tal caso, podemos añadir nosotros, no se afecta a la regla, puesto que la reclamación al adquirente anterior se funda en el título de la cesión y no en una regla legal (o en su interpretación) que admita esta posibilidad o en la subrogación en los derechos que ostente, siempre que no hubiera optado por su embargo. La verdad es que tales posibilidades no son aventuradas puesto que la prescripción del saneamiento por evicción parece depender de que transcurra el tiempo preciso para que se consolide, por usucapión –sea adquisitiva o liberatoria–, el derecho vendido.

<sup>12</sup> 1842, números 3279, 3282 y 3286, respectivamente. Como puede verse, es coherente lo que se sostiene en esta obra con la posterior regulación propuesta en el Proyecto CC de 1851 y sus razones o «motivos», de los que ya hemos dado cuenta. Sobre la posibilidad de dirigirse contra transmitentes anteriores si hubo cesión de la acción, era un lugar común, así respecto al Código civil francés, por ejemplo, TROPLONG: 1844, *sub* comentario artículo 1626, números 437 y 438. La conexión entre la evicción y la falta de seguridad sobre los títulos es evidente: el progreso de la fe pública registral minimiza la utilidad de la evicción puesto que los defectos jurídicos se «previenen» con ella y no se remedian (tarea de la evicción).

3. El artículo 1508 del APCC 1881-1888, precedente del vigente artículo 1482 CC, posiblemente tenga por antecedente inmediato el artículo 1840 del Código civil chileno 1855 o, para ser más exacto, incorpore las razones de este precepto, junto con las esgrimidas por algunos autores, en particular las enseñanzas de Pothier, enseñanzas que seguramente conoció Andrés Bello, redactor del CC chileno (*infra* 3.1)<sup>13</sup>.

El artículo 1840 de ese Código es del siguiente tenor:

[I] *La acción de saneamiento es indivisible. Puede por consiguiente intentarse in sólido contra cualquiera de los herederos del vendedor.*

[II] *Pero desde que a la obligación de amparar al comprador en la posesión, sucede la de indemnizarle en dinero, se divide la acción; y cada heredero es responsable solamente a prorrata de su cuota hereditaria.*

[III] *La misma regla se aplica a los vendedores que por un solo acto de venta hayan enajenado la cosa*<sup>14</sup>.

Esto es, en el Código civil chileno se prevé la «indivisibilidad» de la obligación de sanear en caso de pluralidad, ya sea incidental (v.gr. los herederos del vendedor, art. 1840 I) o ya sea una pluralidad convencional cuando concurren en el mismo contrato varios vendedores (art. 1840 III). No en aquellos supuestos en que se venden por separado cuotas del bien vendido: en estos casos cada vendedor responde de la titularidad de la cuota que enajena.

## 2.2 EL PRINCIPIO DE NO REDUNDANCIA

Consideramos que no es posible admitir un error del codificador en la mención de los vendedores en el artículo 1482 CC en virtud del principio de no redundancia, principio que obliga a extraer un significado efectivo de la norma. Esto es, no podemos dar por sentada su falta de sentido hasta que no se constate que

---

<sup>13</sup> Es seguro que los redactores del Anteproyecto tuvieron a la vista, entre otros textos, al CC Chile 1855, así, Peña BERNALDO DE QUIRÓS, 2006, p. 35. Sobre la influencia del Código civil de Chile 1855 en el Código civil español, y en general, sobre la influencia de la notable obra de Andrés Bello en la codificación española, con sugerentes indicaciones: MOISSET DE ESPANÉS, *RDPr* 56 (1972), pp. 599-614; GUZMÁN BRITO, 2006; y ARREGUI ZAMORANO, *AHDE LXXXII* (2012), pp. 337-385.

<sup>14</sup> El artículo 1840 CC Chile es de igual tenor a su precedente, el artículo 2023 Proyecto CC Chile de 1853; así BELLO, 1888. Este es un asunto relevante por la influencia que las consideraciones vertidas por su redactor tuvieron en la redacción del precepto todavía vigente. Este precepto es fiel a las enseñanzas de Pothier que reproducimos más adelante, *infra* 3.1.

ninguno de los significados posibles de la norma resulta contradictorio con el sistema y no entraña repetición de otra disposición<sup>15</sup>.

Dicho de otro modo, este principio obliga a que nos esforcemos en atribuirle un sentido a la norma y no empezar por considerarla superflua.

Podría decirse que el sintagma «vendedor o vendedores» introduce una cierta ambigüedad en el texto legal. No es un enunciado normativo «consistente» puesto que nos obliga a considerar distintos significados. En cualquier caso, no puede elegirse un significado redundante en razón, como decimos, del principio que antes hemos mencionado: no puede querer decir que también cabrá su ejercicio cuando en la posición de vendedor haya varios sujetos. Tiene que existir un significado «diferente» o «adicional»<sup>16</sup>.

### 2.3 EL SENTIDO DEL USO DEL PLURAL EN LA REDACCIÓN DE LAS NORMAS

1. No parece posible –a la vista, por ejemplo, de lo que se regula en sede de retracto cuando son varios los vendedores que pueden ejercerlo, artículos 1514 a 1517 CC– que el codificador introdujera la mención de los «vendedores», en plural, por simple equivocación o impericia.

Como es sabido el singular comprende el plural. El uso del singular es en lo que en lingüística se considera término no marcado en relación al número, y en particular, significa que el «singular» comprende, y de ahí que sea un término no marcado, «también el plural». Lo que es común en la lengua lo es inequívocamente también en la redacción de las normas.

De este modo el plural «debe tener un significado adicional». El problema consiste en decidir qué razón ampara que se considere pertinente referir a «todos los vendedores» cuando tal posición contractual es plural; o si la mención a los «vendedores» comprende a la «cadena de transmitentes», esto es, si más allá de la contraparte (que pueden ser uno o varios, como en cualquier otro precepto) se quiso incluir «también» a los transferentes anteriores.

<sup>15</sup> Sobre el principio de no redundancia y su significado, que se funda en el postulado del legislador racional, véase, entre otros, EZQUIAGA GANUZAS, *Isonomía* 1 (1994), pp. 70-99.

<sup>16</sup> Sobre la discusión respecto del contenido significativo de los enunciados normativos, véase, ITURRALDE SESMA, *Theoria: an international journal of theory, history and foundations of science*, 7-9 (1987-1988), pp. 157-190.

La elección entre una y otra interpretación descansa o, mejor, debe descansar, en la «razón» que justifique una y otra y, desde luego, en su coherencia con el Derecho de contratos.

2. Las interpretaciones que se han propuesto sobre el significado de la mención a los «vendedores» añaden otro problema que no es irrelevante en la disciplina del saneamiento y que tiene que ver también con la propia redacción del precepto, aunque a nosotros no nos cabe duda de que está redactado en términos imperativos.

El artículo 1482 I CC dice «solicitará» y dicha petición es condición necesaria para que el comprador disponga del derecho a sanear (art. 1481 *in fine* CC). Debe tenerse presente que la cadena de transmitentes (si explicamos la mención a los «vendedores» como comprensiva de estos) engloba un número más o menos extenso de sujetos (en muchos casos, indefinido o con los límites de la prescripción de la evicción), mientras que la interpretación estricta del término «vendedores» solo como contraparte o sucesores de esta supone un número limitado de sujetos. El problema, como digo, es el siguiente.

En el primer caso (la referencia a «vendedores» lo es a los varios vendedores contraparte del contrato) la solicitud para que se emplace a los vendedores es una «carga» del comprador para que subsista su derecho a reclamar o a disfrutar del saneamiento. De este modo tal emplazamiento se formula en términos «impositivos» (no en vano el art. 1482 I CC dice «solicitará») y esta interpretación es conforme con lo que ordena el artículo 1481 *in fine* CC: si faltare la notificación a cualquiera de ellos, el vendedor concernido, uno o varios, «no estará obligado al saneamiento».

Conforme a la segunda interpretación, le cabe al comprador, si «quiere» (porque estime que es solvente, o porque no confíe en poder cobrarse de uno de los vendedores), emplazar a uno o varios miembros de la cadena de transmitentes (por ese título). Esto es, la solicitud en tal caso se formula (o mejor, debe formularse) en términos «dispositivos» o dicho de otro modo, el comprador decidirá de qué miembros de la cadena de transmitentes y por qué título quiere solicitar su emplazamiento. A aquellos que no cite (y parece que es libre de elegir los partícipes) no podrá ulteriormente reclamarles el saneamiento: de nuevo, artículo 1481 *in fine* CC.

En síntesis: mientras que la primera interpretación «obliga» al comprador a solicitar el emplazamiento de «todos» los vendedores para que subsista el saneamiento frente a cualquiera de ellos, con la segunda interpretación el comprador decide discrecionalmente qué transmitentes de la cadena deben ser citados. La regla es, por tanto, «dispositiva», de manera que para los transmitentes anteriores el



precepto debe entenderse que dice «podrá solicitar». Esta segunda interpretación sufre, entonces, una dificultad en el enunciado normativo que «no» es, como es patente, potestativo puesto que el precepto dice, insisto, «solicitará». Esta cuestión no ha sido, como veremos, tenida en cuenta por aquellos que sostienen que el artículo 1482 CC se refiere a la cadena de transmitentes (*infra* 3.2).

### 3. DOS INTERPRETACIONES SOBRE LA DESIGNACIÓN DE LOS «VENDEDORES»

Las dos interpretaciones del sintagma «vendedor o vendedores» en el artículo 1482 CC son las siguientes.

Según la primera, la mención a los vendedores engloba dos casos: por un lado, el supuesto de la que pudiéramos denominar pluralidad «sobrevenida» de vendedores: los sucesores *mortis causa* o *inter vivos* del vendedor original. Y, por otra parte, el caso de pluralidad «originaria», esto es, en el que varios vendieron conjuntamente, donde, como es sabido, «no caben titularidades solidarias» entre nosotros respecto a los derechos «reales», no así sobre los personales<sup>17</sup>.

En ambos supuestos para que el comprador pueda ejercer eficaz y sucesivamente su derecho al saneamiento debe solicitar, según esta interpretación, que se emplace a «todos» los vendedores, esto es, la solicitud respecto a ellos es «indivisible» lo que acarrea una suerte de litisconsorcio pasivo necesario: solo la solicitud respecto a todos habilita el efecto previsto en el artículo 1481 *in fine* CC frente a cualquiera de ellos.

Como veremos más adelante, la indivisibilidad radica en la propia obligación de sanear, más que en los medios de defensa que puedan esgrimir los vendedores: cabe entender que la buena fe y la subsistencia de las acciones de regreso exige que los vendedores se comuniquen entre sí las excepciones que conozcan para que puedan ser alegadas eficaz y tempestivamente.

Según la segunda interpretación, la mención a «vendedores» supone que el comprador puede solicitar que se emplace a cualesquiera de los transmitentes anteriores. Esto es, puede llamar además de a su contraparte en el contrato (al «vendedor») a la «cadena

---

<sup>17</sup> No obstante la distinción entre derechos reales y personales, parece claro que el régimen de la compraventa tienen por modelo la entrega de cosa corporal, sea inmueble o mueble, y su modelo no es –creemos– un derecho de crédito, pese a que, como es obvio (baste comprobar que el régimen de cesión de créditos se regula dentro del Título relativo a la compraventa, en el capítulo referido a «derechos incorporales») es posible también la compraventa de créditos en donde estos pueden titularse solidariamente.

de transmitentes» anteriores («vendedores»), toda vez que en razón del sistema de adquisición derivativa del que disfrutamos los defectos en la titularidad del transmitente (su falta de disposición, en suma) se propaga hasta el adquirente último, salvo que una regla excepcional (de protección de la apariencia, de consolidación de adquisiciones *a non domino*) lo impida, basta recordar la regla *nemo transferre potest*.

Por eso, puede suceder que la razón de la debilidad del título descansa en un transmitente anterior al vendedor y se considera que debe poder ser emplazado tal transmitente, al que es imputable el defecto.

Esta interpretación suele añadir una responsabilidad solidaria entre los vendedores demandados que concluye con una atribución definitiva del sacrificio económico, a través de las acciones de regreso, sobre el vendedor al que quepa atribuir el defecto en la titularidad. Aunque, cabe subrayar, en el entretanto (o si fracasara la repetición por insolvencia del deudor definitivo) se cubren recíprocamente la insolvencia todos los transmitentes («vendedores») llamados en garantía.

Estas dos interpretaciones, en los pocos casos en que se han formulado con claridad, no abordan todos los perfiles del problema, en particular no se resuelven los relativos al tenor dispositivo o imperativo del precepto (asunto que ya hemos mencionado) ni tampoco respecto al modo en que deba organizarse la concurrencia de los emplazados al tiempo de repartir entre ellos la obligación pecuniaria en que se traduce el saneamiento (arts. 1477-1479 CC). Veamos ambas interpretaciones con algún detalle.

### 3.1 LA NORMA EXIGE EL LLAMAMIENTO A TODOS LOS VENDEDORES Y ENCAUZA EL PROBLEMA DE CÓMO RESPONDEN TANTO FRENTE AL COMPRADOR COMO ENTRE SÍ

1. Esta interpretación obliga a resolver estas dos cuestiones: por una parte, cuál es la razón de que sea necesario llamar a todos los vendedores para que pueda pedirse ulteriormente el saneamiento.<sup>18</sup> Por otra parte, qué responsabilidad existe entre ellos, esto es, si la obligación pecuniaria en que se sustancia el saneamiento debe

<sup>18</sup> Como ya hemos dicho no cabe considerar un error o desliz la mención del plural, de manera que debe tener un significado adicional al común del plural, que ya estaría comprendido en los casos comunes del uso del singular como número no marcado (*supra* 2.3).

satisfacerse mancomunada o solidariamente, en aquellos casos en que no haya pacto contractual que lo establezca<sup>19</sup>.

Si hubiera varios vendedores el comprador deberá emplazarlos a todos para que pueda sostener eficazmente la ulterior obligación de sanear (art. 1481 CC), en la medida en que esta obligación (y la garantía en que se funda) es indivisible<sup>20</sup>.

Esto es, es preciso emplazar a «todos» los que lo fueren para poder reclamar de cualquiera de ellos. La responsabilidad relativa a la obligación pecuniaria de sanear (art. 1475 CC, sobre todo), debe entenderse, salvo estipulación expresa, mancomunada (arts. 1137-1139 CC y para los casos de sucesión *mortis causa*, la relación entre los coherederos, arts. 1084 y 1085 CC).

2. Como decimos, la razón última de la mención a los vendedores estriba en la «indivisibilidad» de la obligación de sanear (arts. 1461, 1474.1.º y 1475-1482 CC) que, como señalara Pothier, traduce su obligación de asegurar al comprador «la posesión legal y pacífica de la cosa comprada» y que tiene su expresión más elemental en defenderle frente a las perturbaciones. El comprador solo satisface su interés si disfruta íntegramente de esa posesión legal y pacífica (*habere licere*).

La indivisibilidad se predica, por tanto, de la obligación de procurar la posesión legal y pacífica (art. 1474.1.º CC) y por eso es preciso señalar que corresponde esta obligación a «todos» los vendedores y que solo es posible hacerla valer frente a «todos» ellos. Si después uno de ellos comparece por todos, el riesgo de lo que este haga le corresponde a los demás vendedores, que pudiendo comparecer no lo han hecho. E igualmente el riesgo se distribuye a cada cual según su participación en la cotitularidad si ninguno de

<sup>19</sup> Si es posible pactar la exclusión del saneamiento, pueden pactarse también las condiciones de su ejercicio (art. 1475 III CC) y entre ellas el modo en que responderán los vendedores para el caso de que se consume la evicción, pacto posible cuando existe una incertidumbre conocida sobre la «consistencia jurídica» del derecho que se transfiere o bien una «incertidumbre» sobre la titularidad que todavía no es litigiosa (en otro caso, art. 1291.4.º CC).

<sup>20</sup> Y además se vincula al efecto relativo del contrato, como expone con claridad BORRELL, 1952, p. 131: «Mas por otra parte, el verdadero propietario de la cosa vendida puede reivindicarla de cualquiera que la posea, mientras su acción reivindicatoria no haya prescrito. Para poner en armonía el derecho del propietario en relación con el de los adquirentes de la cosa a título singular, parece que la solución debe consistir en que se entienda que el que vende la cosa responde de la evicción respecto de aquel a quien la ha vendido; pero su responsabilidad se extingue desde que la cosa ha pasado a poder de un tercero, *el cual solo tendrá acción contra el causante inmediato, pero no contra los anteriores. Así, esta obligación es meramente personal entre el vendedor y su sucesor inmediato a título singular. Si el comprador enajenare la cosa a otro, se extingue la obligación del primer vendedor, y nace una obligación nueva de saneamiento entre el primer comprador y el segundo; porque aquel, al hacerse vendedor, asume la obligación de sanear la segunda compra en caso de evicción; pero sin derecho a hacerse indemnizar por aquel de quien la compró*» (el énfasis es nuestro).

ellos comparece a la defensa, o si comparecen solo algunos de ellos, puesto que el régimen de participación es, como no podía ser de otra manera, mancomunado (art. 1139 CC). Esto es, según la asignación que corresponda a cada cual según el título (la copropiedad, la comunidad hereditaria) y, en su defecto, se seguirá el criterio de igualdad.

Como hemos dicho las enseñanzas de Pothier están en la raíz de la incorporación de esta mención al Código civil. Decía este autor: «La defensa es indivisible; *quia respicit unicam et integram totius controversia defensionem, quasi certam quamdam formam: Molin. tract. de. div. et indiv.*, p. 2, n. 496<sup>21</sup>. De donde se sigue que esa acción será indivisible. Así cuando el vendedor de una cosa divisible dejó a su muerte muchos herederos, por más que la obligación *praestandi emptori rem habere licere*, sea divisible, a causa de tener por objeto una cosa que lo es, y por más que no pase a los herederos sino a proporción de la parte que cada uno de ellos tiene en la herencia; sin embargo la acción de la evicción resulta, como que tiene por objeto un hecho indivisible, debe dirigirse entera y exclusivamente contra cada uno de dichos herederos, y el comprador puede exigir que uno solo de ellos asuma la defensa total de la causa.

Si uno de ellos defendiese al comprador por una sola parte, no satisfaría la obligación *praestandi rem habere licere*, porque el que la compró quiso tener la cosa toda entera; y por consiguiente esa obligación por más que divisible en sí, es indivisible *solutione*. Luego ninguno de los herederos defendería bien y válidamente al comprador, sino le defendiese por la totalidad»<sup>22</sup>.

3. La indivisibilidad de la obligación de sanear conecta, entonces, con dos asuntos ligados entre sí. Por una parte, la cotitularidad entre los vendedores, cuando concierne a derechos reales, «no» puede ser solidaria. Podrá haber un régimen de comunidad fuerte, como la comunidad conyugal en la sociedad de gananciales o la propia de los bienes en mano común, pero no solidaria en sentido estricto. Por otro lado, en cómo se exige la satisfacción y cómo se articula la responsabilidad en el caso de obligaciones «indivisibles». Así dice el artículo 1139 pr CC: *Si la división fuere imposible, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colec-*

<sup>21</sup> Se refiere POTHIER a Carolus Molineai: *Opera omnia*, II, Sebastiani Cramoisy, Paris, 1624, *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, pars II, núm. 496.

<sup>22</sup> Robert Joseph POTHIER (1699-1772), 1841 [*Traité du contrat de vente*, I, Paris/Orleans, 1772], núm. 105; para luego señalar en el número 106 que finalmente la obligación se traduce, cuando fracasa la defensa de los vendedores –su propia obligación– en una obligación de indemnizar el daño que es «divisible» y de la que los herederos (en el caso de pluralidad sobrevenida) deben pagar cada uno su parte. Los mismos argumentos se detallan de nuevo en el número 111 cuando se pregunta «contra quien debe ponerse la demanda de evicción».

*tivos de estos y solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores.*

Si declaramos que la obligación de sanear o de asegurar la posesión legal y pacífica es «indivisible» solo puede hacerse efectiva procediendo contra todos sus deudores, porque el comprador solo resulta satisfecho si es mantenido «íntegramente» en la posesión legal y pacífica de lo comprado: su interés se frustra si solo es defendido «en parte».

4. Estos aspectos también encauzan el régimen de responsabilidad de los vendedores entre sí. Una vez vencido el comprador, la repercusión de la obligación dineraria de sanear entre los vendedores, será, como regla, mancomunada (arts. 1137-1139 CC). En defecto de que se acredite una cotitularidad en proporción distinta, debe entenderse «por partes iguales» y sin cobertura recíproca de la insolvencia (arts. 393 II y 1138 CC).

No obstante, y pese a ser esta la respuesta más congruente con el régimen general de las obligaciones con varios deudores, más aún si se trata de obligaciones indivisibles (arts. 1138 y 1139 *in fine* CC), y con la propia cotitularidad existente entre los vendedores, la jurisprudencia, por razones tuitivas opta en ocasiones por la solidaridad<sup>23</sup>.

En algunos casos se ha abordado el asunto directamente. Así en la STS 269/2013, de 30 de abril se invocan, por uno de los vendedores, los artículos 392-393, 1137-1139 y 1482 CC frente a la condena solidaria establecida en la sentencia recurrida en casación<sup>24</sup>. Sobre el asunto, señala el Tribunal en el Fundamento de Derecho 19.º:

*El artículo 1478 CC no prevé la eventualidad de que no se trate de un solo vendedor sino de una pluralidad de condóminos del bien vendido, y por lo tanto no precisa si en caso de saneamiento por evicción la obligación de indemnización del valor de la cosa vendida al tiempo de la evicción es mancomunada o solidaria, esto es, si frente a los compradores a quienes se ha privado de la parcela vendida, los vendedores responden del pago de la compensación económica en la misma proporción a su participación en el condominio o responden solidariamente de todo.*

*La solución en este caso viene determinada por la causa de la evicción, que es la que determina la obligación de indemnizar al*

<sup>23</sup> Hay que tener en cuenta que la solidaridad desplaza el riesgo de insolvencia del acreedor a los codeudores entre sí (en eso consiste la cobertura recíproca de la insolvencia) y parece claro que debe existir una razón que justifique soportar este riesgo: razón que no puede ser exclusivamente proteger a un sujeto (el acreedor) sino también una explicación que sustente el sacrificio del codeudor. Si la razón fuera solo la tutela del acreedor la solidaridad sería una regla indiscutible en caso de pluralidad.

<sup>24</sup> STS 2748/2013; Ignacio SANCHO GARGALLO.

*comprador por la privación del bien vendido, y si esta causa permite identificar el alcance de la participación de cada uno de los vendedores en la causación del perjuicio (la privación del bien). La causa de la evicción es que los vendedores no eran titulares del bien, o existía alguien con mejor derecho que provocó la privación del bien al comprador, y la participación de cada vendedor en el condominio permite precisar y justificar la distribución de la responsabilidad de cada uno de los vendedores frente al comprador. Por esta razón procede estimar este motivo y revocar la sentencia en el sentido de declarar que la responsabilidad de los demandados es mancomunada y no solidaria, sin que sea necesario analizar el resto de los motivos de casación.*

Esta doctrina no es uniforme. Así en la STS 892/2008, de 8 de octubre se reclamó el saneamiento por evicción de la cadena de vendedores anteriores y en la instancia se repartió en proporción al precio percibido, pero en la Audiencia y luego en el Tribunal Supremo se condenó a los vendedores «solidariamente». En particular el Tribunal Supremo «no» pudo entrar a interpretar el artículo 1482 CC porque no se debatió en casación si procedía o no reclamar de toda la cadena de vendedores, sino que solo se discutió cómo se distribuía entre ellos la indemnización. Dice la sentencia, en su Fundamento de Derecho 4.º:

*En el caso presente, habiendo quedado fuera del objeto del recurso la discusión sobre la responsabilidad de todos los demandados –sucesivos vendedores– respecto de la obligación de saneamiento, concurren las notas de la solidaridad pasiva, como son la pluralidad de deudores, unidad de objeto y que de un mismo hecho se haya generado obligación para todos (sentencias 1144/1997, de 18 diciembre y 278/2003, de 20 de marzo). Todos los vendedores quedarían obligados a sanear respecto de su comprador y especialmente quien fue el primero en la cadena sucesiva de compraventas –el ahora recurrente don Jaime– que además fue quien otorgó la escritura pública de compraventa a favor de los demandantes<sup>25</sup>.*

En rigor resulta muy difícil decidir de antemano a quién atribuir el defecto del título. La indivisibilidad de la obligación sujeta su régi-

<sup>25</sup> STS 5226/2008; Antonio SALAS CARCELLER. Antes ya se había pronunciado el Tribunal Supremo en el mismo sentido, así la STS 330/1980, de 3 de noviembre (STS 5042/1980; Jaime SANTOS BRIZ) en la que se discutió la cuestión entre los vendedores y se invocó expresamente el carácter preferente de la mancomunidad en el artículo 1137 CC. El Tribunal declaró la solidaridad con argumentos semejantes a los ya expuestos. Es más sencillo admitir, a nuestro entender, la solidaridad en la primera interpretación (al menos, hay «unidad» en el título) que en el segundo caso (por la evidente autonomía y probable desconexión causal entre los miembros de la cadena de transferentes).

men, en caso de pluralidad, a la mancomunidad (art. 1139 pr CC)<sup>26</sup>. En el caso de los sucesores *mortis causa* del vendedor único la pluralidad no puede afectar al comprador, cuya posición no debe empeorar, en lo que a su garantía se refiere, por el hecho de la muerte de su contraparte<sup>27</sup>.

El artículo 1482 CC concierne, por tanto, al caso en que hubo varios vendedores «al tiempo de la venta», con contrato único, puesto que en otro caso (varios contratos, el comprador adquiere separadamente porciones o cuotas del bien), cada uno de tales vendedores responderá según su contrato y circunstancias.

No puede referirse al caso en que en la posición del vendedor suceda una pluralidad de herederos, puesto que en tal caso las reglas generales son suficientes. Esto es, la mención a «vendedores» en el artículo 1482 CC no atiende a su pluralidad «sucesiva» o «posterior» a la celebración del contrato sino a la pluralidad coetánea al contrato.

5. Con la mención explícita de los «vendedores» se consagra la necesidad de emplazamiento conjunto para que sea exigible la obligación de saneamiento frente a todos los vendedores o, cabría añadir, frente a cualquiera de ellos.

La razón es sencilla. Cualquiera de ellos puede oponer (o comunicar la existencia) los medios de defensa aptos para impedir que triunfe la acción entablada por el tercero y, por ello, cualquiera de ellos podría invocar, si no hubiera sido emplazado, que se le privó de la posibilidad de oponer alguna excepción disponible.

La sentencia estimatoria del procedimiento entablado contra el comprador supone que ya son «inoponibles» las excepciones frente a pretensión del tercero que pudieran haber sido opuestas para defender el «derecho anterior» a la compra y que estarán, típicamente, en cabeza de los vendedores. Para ellos la razón de su emplazamiento es la defensa del título del comprador que, en nuestro sis-

---

<sup>26</sup> Por su parte, LANCHAS SÁNCHEZ, *RJUAM* 36 (2017) II, pp. 95-118, p. 117 señala: «Pues bien, a la vista de las diferentes sentencias dictadas hasta la fecha por nuestro Tribunal Supremo en materia de obligaciones contractuales con pluralidad de intervinientes, pueden considerarse como circunstancias de las que se infiere de forma tácita la solidaridad en caso de pluralidad de vendedores en el saneamiento por evicción, entre otras, las de que (i) no se haya excluido expresamente la solidaridad; (ii) no se mencione que la obligación de los vendedores sea mancomunada; (iii) se cite en el contrato de compraventa un único precio; (iv) se identifique la propiedad vendida como una sola; (v) haya una comunidad jurídica de objetivos, buscando y produciendo un resultado conjunto; (vi) exista identidad de fin de las prestaciones como destinadas en común a la satisfacción del comprador; (vii) se declare en el contrato que el precio ha sido recibido por la parte vendedora, identificándose a esta como una sola y sin indicación de la manera de reparto entre los diferentes vendedores; (viii) los vendedores otorguen de forma conjunta y sin distinción alguna eficaz carta de pago por el precio de la compraventa».

<sup>27</sup> Sobre el régimen de la responsabilidad por deudas en la herencia, según la diversidad de títulos, modos de aceptación, así como en razón de la diferencia (notabilísima) entre el régimen del Código civil y de los Derechos civiles autonómicos, GALICIA AIZPURUA, 2018, pp. 27-97.

tema de adquisiciones derivativas, supone acreditar la consistencia de su propio título. La defensa eficaz del título «evita» que deban prestar la garantía en que consiste el saneamiento por evicción.

La legitimación pasiva corresponde a «todos» y solo cuando «todos» han sido, al menos, emplazados, es posible sucesivamente exigir de ellos el saneamiento.

### 3.2 EL COMPRADOR PUEDE EMPLAZAR A QUIENES FORMEN PARTE DE LA CADENA DE TRANSMITENTES, ADEMÁS DE A SU VENDEDOR

1. Según esta interpretación, la mención a los «vendedores» en el artículo 1482 CC permite que el comprador puede solicitar que se emplace a cualesquiera de los transmitentes anteriores, esto es, puede llamar además de a su contraparte en el contrato (al «vendedor») a la «cadena de transmitentes» anteriores, puesto que no dejan de ser «vendedores»<sup>28</sup>.

Conforme a nuestro sistema de adquisición derivativa de los derechos los defectos en la titularidad del transmitente (su falta de disposición, en suma) se propagan hasta el adquirente último, salvo que una regla excepcional lo impida, ya sea esta de protección de la apariencia o de consolidación de adquisiciones *a non domino* (arts. 34 y 37 LH; 85 CCom; 464 III y IV CC; 13.2 LMV ó 19 LCCh). Basta recordar la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*.

Por eso, puede suceder que la razón de la debilidad del título descansa en un transmitente anterior al vendedor y se considera que debe poder ser emplazado el transmitente al que es imputable el defecto («derecho anterior» a la compra, art. 1475 I CC)<sup>29</sup>. Junto a esta razón hay otras que veremos inmediatamente.

<sup>28</sup> Aunque haya transmitentes que no sean, en rigor, vendedores, así, los permutantes o en caso de aportación societaria. Es un supuesto de sínecdoque legal, propia del contrato de compraventa. Este contrato es un verdadero paradigma de contrato de intercambio oneroso. Así, pese a ser una «especie» de estos contratos, se alza, desde luego en la presuposición del codificador, como «género» de tales contratos.

<sup>29</sup> Entre los que sostienen esta interpretación, véanse, MANRESA Y NAVARRO, 1950, *sub* artículo 1476, III, pp. 212 ss. y *sub* artículos 1481 y 1482 CC, pp. 234 ss. Y RIVERO HERNÁNDEZ en Lacruz Berdejo *et alii*, 1995, que a la letra dice (nota 2, p. 50): «Un problema interesante es el de qué vendedor o vendedores (el art. 1482 emplea estos términos) deba ser notificado. ¿Solo el que ha vendido la cosa al comprador demandado?; ¿pueden ser convocados al proceso los que vendieron antes a ese vendedor? Nuestra doctrina, y cierta jurisprudencia antigua (Ss. 26 diciembre 1896 y 27 enero 1897) se inclinan por la negativa, limitando la notificación al que ha vendido directamente al comprador demandado, salvo que alguno anterior se hubiese obligado por pacto expreso al saneamiento en favor de adquirentes sucesivos. Sin embargo, esa solución es insatisfactoria cuando aparece con claridad que la causa determinante de la evicción no se halla en el vendedor inmediato, sino en alguno anterior conocido; principios de economía procesal y de lógica acon-



Esta interpretación afirma, adicionalmente, una responsabilidad «solidaria» entre los vendedores demandados (*rectius*, transferentes a título oneroso) que concluye con una distribución definitiva, a través de las acciones de regreso, sobre el vendedor al que quepa atribuir el defecto en la titularidad, aunque, cabe subrayar, en el entretanto (o si fracasara la repetición por insolvencia del deudor definitivo) se cubren recíprocamente la insolvencia. Como hemos dicho, quizá en este caso no esté bien justificada la regla de la solidaridad, al menos desde la perspectiva (que debe ser tenida en cuenta) de los codeudores.

2. Los argumentos en que se justifica esta interpretación son los siguientes:

(i) La defensa de la titularidad del comprador demandado, que invoca o solicita el emplazamiento de su vendedor o transferentes anteriores, no puede lograrla respecto a su propio título sino, según la regla general de las adquisiciones derivativas (*nemo potest transferre*, se transmite con los defectos o vicisitudes que padeciera el derecho del transmitente), con el amparo de los transferentes anteriores, que o bien dispondrán, si los hubiere, de los medios de defensa suficientes para impedir el triunfo de la pretensión del tercero, o el defecto será imputable a alguno de ellos.

De esta manera se asignan las consecuencias del defecto a quien debe soportarlo o, si no se hubiera emplazado al definitivamente responsable, a quien pudiera dirigirse contra él.

Parece una regla llena de sentido práctico: asignar la defensa y la responsabilidad a quien le sea finalmente imputable el defecto. No obstante, como luego diré, del mismo modo supone una excepción a la forma común de distribuir los riesgos contractuales, en los que cada cual soporta los riesgos de la procedencia de su derecho o de la ejecución de su prestación (*v. gr.*, los defectos de la organización del deudor imputables a un tercero no sirven para exonerar al

---

sejan que deba ser notificado, convocado al proceso ese vendedor remoto. En reciente jurisprudencia, y para casos de responsabilidad por defectos de la construcción, el TS permite que se demande al vendedor remoto una vez junto y otras separadamente con el vendedor inmediato (...). Así también DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, 1989, p. 299, nota 2: «Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial es contradictoria con la mantenida en la venta inmobiliaria, cuando el que ha comprado al promotor-vendedor de los pisos, enajena a su vez a un tercero. El Tribunal Supremo no ve ningún inconveniente en que ese tercero ejercite las oportunas acciones por deficiencias en la construcción, ruina, goteras, humedades, etc., contra el primer vendedor, aunque no contrató con él. Afirma que con la enajenación del piso se le han transmitido todas las acciones que garantizan o protegen su dominio (SSTS de 1 de abril de 1977, 21 de abril de 1981 y 8 de febrero de 1982), lo que igualmente debería valer en caso de evicción». En la senda de estos autores, RODRÍGUEZ MORATA, 1990, esp. pp. 117-118; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2004, pp. 121-122; o LLAMAS POMBO, 2014, pp. 463 ss.

deudor ni tampoco para que el acreedor dañado pueda dirigirse contra el tercero en cuestión).

(ii) Se considera «insatisfactoria» la solución de la jurisprudencia antigua que rechaza la citación de la cadena de transmitentes cuando sea evidente que el defecto de la titularidad (que la falta de posesión legal y pacífica que sufre el comprador) es imputable a un transferente distinto al vendedor contraparte del comprador insatisfecho<sup>30</sup>.

(iii) La citación del transferente responsable, o de aquel que pudiera identificarlo en la cadena, se dice, ahorra esfuerzos y procedimientos sucesivos. Hay una razón de «economía procesal»: se evitan las acciones de repetición.

No obstante, como sabemos, el procedimiento principal concluye «sin» condena al llamado (o llamados) en garantía que deberán responder ulteriormente, aunque, bien es verdad, que lo que fije la sentencia firme puede invocarse en el procedimiento ulterior contra el transferente emplazado. Pero «solo» respecto al emplazado<sup>31</sup>.

En el resto de casos, deberá emprenderse una pretensión que acredite que se ha sufrido un daño (la restitución del precio además del resto de partidas previstas en el art. 1478 CC) del que debe ser resarcido. Y esta pretensión no cabrá, al menos al amparo de las normas de saneamiento, respecto a los transferentes anteriores no

<sup>30</sup> La STS 26 de diciembre de 1896 (STS 215/1896; Pedro LAVÍN) se enfrenta a un supuesto en el que el vendedor citado de evicción (el Marqués de Villamejor) invoca y solicita que se cite al Estado (transferente primero de las fincas, puesto que el Marqués de Villamejor había adquirido de otro, después de sucesivas transferencias) en el procedimiento que ha entablado contra él su adquirente (Josefa Safont), negándose por el Abogado del Estado, que señalaba la evicción solo nace entre las «partes del contrato» citaba a su favor la ley 32, título 5º de la Partida 5.ª [que recoge la regla de que en caso de evicción debe citarse al vendedor, *Cómo el vendedor es tenuto de hacer sana al comprador la cosa que le vende*]. La Audiencia estima la pretensión contra el Estado, que recurre en casación. El Tribunal Supremo, «desestima el recurso» porque se estipuló la asunción de la evicción contractualmente para el caso de que se ejercitaran acciones «contra los poseedores de las fincas» (de manera que, implícitamente, el TS considera que asumió convencionalmente la evicción frente a cualesquiera adquirentes). Ahora bien, en un brevísimo «considerando» afirma, en lo que resulta útil a la controversia sobre la interpretación del artículo 1482 CC: *Considerando que, por regla general, el derecho á exigir la evicción, efecto natural de los contratos onerosos, puede ser ejercitado por el comprador y sus herederos contra el vendedor y loa suyos, pero no por el poseedor contra vendedores anteriores no ligados entre sí por algún vínculo jurídico, á menos que estos se hubiesen obligado por pacto expreso á la evicción y saneamiento en favor de los adquirentes sucesivos*. Lo cierto es que, a nuestro entender, el que una solución sea o no insatisfactoria no es un argumento cuya racionalidad pueda discutirse con el Derecho vigente en la mano.

<sup>31</sup> No parece necesario hacer consideraciones sobre el alcance del artículo 14 LEC. Las inquietudes sobre el precepto conciernen a decidir si le cabe al comprador ejercer acumuladamente frente al vendedor cuyo emplazamiento solicita, el saneamiento y, por tanto, resarcirse de modo definitivo en un único procedimiento, sin tener que emprender un procedimiento sucesivo contra el vendedor una vez haya sido vencido por «sentencia firme» (art. 1480 CC). Asunto que debe rehusarse puesto que supondría una acumulación condicional. Véase, sobre este asunto, entre otros, antes de la Ley de enjuiciamiento civil, LÓPEZ-FRAGOSO, 1990, pp. 165-175. Y, con la LEC en vigor, CORDÓN MORENO, 2011, *sub* artículo 14.

emplazados y, tal vez, ni siquiera frente a estos, puesto que los sucesivos transferentes no compradores últimos no son «privados» de derecho alguno, sino solo de su subrogado, si fuera el caso.

(iv) También se ha aducido el régimen de las acciones contractuales (en particular, la responsabilidad por ruina contemplada en el art. 1591 CC) que podían ejercerse frente a la contraparte (o partes) del contrato de obra original del promotor-vendedor original por los sucesivos adquirentes de las viviendas defectuosas.

Este argumento recurre a una explicación implícita: si hay una excepción a la relatividad del contrato puede haber otras siempre que concurren razones análogas. En rigor, la clave estriba en que la legitimación para el ejercicio de acciones «contractuales» se hace descansar en la «subrogación» o «cesión» de las acciones que cabe ejercer en virtud del artículo 1591 CC y no en un título autónomo (véase, la STS 1181/2003, de 11 de diciembre, FD 2.<sup>o</sup>)<sup>32</sup>.

(v) En alguna ocasión se ha señalado que, en rigor, se produce una cesión implícita de las acciones que el vendedor anterior pudiera ejercer frente a su transmitente anterior, lo que no deja de ser un subterfugio. No hay tal cesión, ni implícita. Es más, si tuviéramos que establecer una regla diríamos que la celebración del contrato aísla de los derechos y riesgos que el contrato distribuye a los titulares anteriores: en eso consiste la regla de la relatividad de los contratos.

3. Como colofón de esta interpretación se señalan dos cuestiones. Por un lado, el encadenamiento de los emplazamientos puede ser solicitado tanto por el comprador demandado (que identifica a la cadena de transferentes, o de parte de ella, y debemos pensar, racionalmente, que de aquel o aquellos que sean solventes) como por los transmitentes anteriores emplazados. Estos pueden a su vez emplazar a sus transmitentes anteriores, pese a que no sea posible argüir con los textos legales vigentes que tal posibilidad está prevista por la norma. Y así tampoco es un lugar común determinar que puede haber una cascada de solicitudes. Lo cierto es que los autores que han defendido esta interpretación no han abundado en este supuesto<sup>33</sup>.

Por otro lado, se acepta, sin mayores explicaciones, que la responsabilidad entre los transmitentes emplazados es solidaria, aun cuando de manera definitiva solo deberá responder el transmitente al que le fuera imputable el defecto de titularidad. Lo que no deja de ser llamativo en una interpretación que se sustenta, principalmente, en que debe comparecer aquel al que le sea imputable el defecto. Si cabe averiguar qué transferente lo es, no hay razón para condenar a los que se vinculan en la cadena a cubrir su insolvencia.

<sup>32</sup> STS 8008/2003, Clemente AUGER LIÑÁN.

<sup>33</sup> *Retro*, nota 29.

4. En síntesis podemos señalar que esta interpretación opta por considerar que la llamada a los «vendedores» lo es a la cadena de transmitentes a título oneroso anteriores, aunque no quede claro quién puede solicitar su emplazamiento: si el comprador demandado o los sucesivos vendedores o transferentes emplazados a su vez.

La razón esencial estriba en que finalmente de esta manera se atribuye a quien debe responder definitivamente del riesgo (de falta de titularidad) la responsabilidad, sin necesidad de recurrir a una serie más o menos indefinida de procedimientos. Este resultado se alcanza sin tener presente el sentido que el contrato de compraventa tiene sobre la asignación de los riesgos y sin referir (salvo el caso relativo a la circulación de viviendas defectuosas) los casos en que cabe rebasar los efectos propios de este (art. 1257 CC).

#### 4. EL SIGNIFICADO DEL PRECEPTO: NUESTRA PROPUESTA Y ALGUNAS CONCLUSIONES

1. Nuestra propuesta es la siguiente: la mención a los vendedores en el artículo 1482 CC concierne en exclusiva al caso en que haya una pluralidad de vendedores «coetánea» con la celebración del contrato<sup>34</sup>. Obliga a que deba solicitarse el emplazamiento de todos ellos para poder pretender después que satisfagan su obligación de sanear. Con ese emplazamiento los vendedores pueden (porque deben, *rectius*, porque «garantizan» o «aseguran» la posesión legal y pacífica) esgrimir los medios de defensa de que dispongan en el procedimiento en que se ve envuelto su comprador.

Esa obligación se traduce, si tuviera éxito la pretensión del tercero, en una obligación pecuniaria (art. 1478 CC) obligación que será mancomunada en todo caso, y pagadera, por ende, en proporción a la respectiva titularidad de la que disfrutaran los vendedores al tiempo de la venta.

2. La razón que justifica esta interpretación es doble. Por una parte, porque, como explican sus antecedentes más probables, se considera la obligación de procurar la «posesión legal y pacífica»

---

<sup>34</sup> Para la pluralidad sucesiva de vendedores, bien sea voluntaria o por sucesión *mortis causa*, rigen las reglas comunes de la pluralidad, por una parte, o del Derecho de sucesiones, por otra, según hayan aceptado los herederos pura y simplemente o a beneficio de inventario. En cualquiera de los dos casos la posición del comprador no empeora (no debe empeorar) por la fragmentación de la posición de su contraparte. Por otro lado, si se hubiera cedido parcialmente la posición del vendedor (sucesión *inter vivos* de la posición del vendedor) requeriría, en lo que a las obligaciones que pesaran sobre este, el consentimiento del acreedor (comprador) y, con seguridad, la posición del comprador como acreedor no puede verse empeorada con ocasión de la cesión (si no la hubiera consentido expresamente). Para el caso de la sucesión *mortis causa*, véase *retro* 3.1.4. Y si la sucesión se produce durante el litigio, véanse, los artículos 16-18 LEC.

de naturaleza indivisible (en tanto concierne a los medios de defensa que pueden invocarse para evitar la perturbación o pérdida de tal posesión) y se sujeta al régimen jurídico de las obligaciones de esta clase de modo que su exigencia debe hacerse valer «frente a todos» (art. 1139 pr CC).

Por otra parte, es la interpretación que mejor se acomoda al modo ordinario de repartir los riesgos relativos a la prestación entre los contratantes: los riesgos se consuman y reparten «en cada contrato» y «no conciernen a terceros extraños a él». En este caso el riesgo concierne a la posesión legal y pacífica de la cosa vendida: el vendedor soporta el riesgo aunque no le sea imputable la pérdida o perturbación de la posesión por un tercero y por eso se exige, para la indemnización del daño, el dolo del vendedor (art. 1478.5.º CC).

Es más, en rigor, la llamada en garantía simplifica el ejercicio de remedios contractuales, pero no sale del campo de los remedios de esta clase: podría decirse que anticipa el supuesto de hecho de la exigibilidad de la obligación de sanear por los efectos que la sentencia estimatoria, o la victoria del tercero, tiene sobre la posición del vendedor emplazado.

Partimos, por tanto, del entendimiento de que el contrato distribuye o asigna los riesgos entre los contratantes y cada cual debe buscar el riesgo que asumió y sus consecuencias en su propia esfera. En rigor esta es la razón de ser del principio de relatividad del contrato.

3. Los argumentos que justifican esta interpretación o bien explican nuestra propuesta, o bien refutan las razones aducidas en apoyo de la interpretación referida a la cadena de transferentes.

(i) Lo más razonable es considerar, toda vez que el precepto trata de las obligaciones de las «partes» en el contrato de compraventa, que la mención a «vendedores» excluye la cadena de transmitentes anteriores y concierne al caso de que hubiere varios «vendedores» y un comprador (o varios).

Es decir, la consideración de que menciona o puede mencionar a la «cadena de transmitentes» supone «rebasar» el alcance de la norma cuya misión es disciplinar las relaciones entre las partes del contrato de compraventa. En toda la sección 3.ª, § 1.º *Del saneamiento en caso de evicción*, las reglas tienen por destinatarios «comprador» y «vendedor»: artículos 1474-1483 CC. Lo que importa es el contrato y sus partes. Si el legislador hubiera querido ampliar el círculo –extender ciertos efectos a terceros ajenos al contrato– hubiera sido explícito en hacerlo.

(ii) Si admitiéramos que el artículo 1482 CC concierne a la cadena de transmitentes, sería necesario atribuir al tenor literal del precepto naturaleza «dispositiva», pese a su patente tenor literal

imperativo: «solicitará» dice. Será, de aceptar tal interpretación, el comprador el que decidirá cuál o cuáles de los transferentes anteriores deben ser emplazados y por eso debe entenderse como «posibilidad» y no como «deber». Cabe recordar que nadie sostiene que haya que agotar la cadena o bien que sea potestad del transferente emplazado solicitar a su vez el emplazamiento de su vendedor o de otro anterior (véase, *retro* 3.2).

(iii) No queda claro, si se admitiera que cabe emplazar a los transferentes anteriores, por qué el transferente anterior (que recibió un precio determinado) debe satisfacer en virtud de lo previsto en el artículo 1478 CC un precio posiblemente «distinto» o hacer frente a gastos de procedimientos sucesivos que, además, tal vez ni siquiera suscitó ni provocó: puede que sea demandado aquel a quien no es imputable el defecto.

No nos olvidemos de que el saneamiento por evicción, como sucede con el saneamiento por vicios ocultos, «asigna o distribuye un riesgo» y prescinde de la imputación del defecto al vendedor. Así se explican los artículos 1478.5.º, 1485 I ó 1486 II CC, entre otros<sup>35</sup>. En ambos casos se «distribuye un riesgo de manera objetiva» y se asigna a aquel que se considera pudo guardarse mejor de su ocurrencia o que dispone de medios para recuperarse de sus efectos (el vendedor).

Dicho de otro modo, el riesgo se distribuye entre las partes del contrato y luego –como en cualquier otro supuesto– podrá el que lo padece intentar recuperar su coste económico de aquel al que cabe atribuir el defecto definitivo. Pero no consideramos razonable asumir el riesgo de insolvencia de nuestros adquirentes sucesivos sobre los negocios que realicen con terceros, nos sea o no imputable el defecto de titularidad.

(iv) No hay congruencia valorativa entre la extensión a la cadena de transferentes del riesgo y los casos en que el defecto (cualitativo o temporal) quepa referirlo a la conducta de un transmitente anterior al vendedor o del que se auxilia para el cumplimiento de su propia obligación. En tales casos el vendedor, como es un lugar común, no puede exonerarse de responsabilidad invocando el «hecho de un tercero», puesto que es un riesgo que está dentro de su esfera de control, ni tampoco le cabe llamarlo para que responda por su falta<sup>36</sup>.

(v) Se recurre para justificar que está comprendida en el precepto la cadena de transferentes a aquellos otros casos en que la

<sup>35</sup> Sobre el significado del saneamiento, por todos, MORALES MORENO, *ADC* (1980) III, pp. 589-686; y *ADC* (1982) III, pp. 591-684.

<sup>36</sup> Véase, sobre este asunto, PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) III, pp. 1019-1092, especialmente, pp. 1069-1072; y CARRASCO PERERA, 2017, *sub* capítulo 20, II.

jurisprudencia ha roto el principio de relatividad del contrato. En particular, a la jurisprudencia sobre la acción de responsabilidad por ruina del artículo 1597 CC que se reconocía al comprador frente a los contratistas del contrato de obra celebrado por su vendedor-promotor (ahora, art. 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, *de ordenación de la edificación*, cuyo número 1 comienza con un «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales»).

Debe advertirse que la ruptura de la relatividad del contrato se justifica en una «vinculación económica o conexión entre los distintos contratos» como requisito adicional que permita la legitimación; cosa que no tiene por qué suceder en la interpretación que se propone del artículo 1482 CC por aquellos que sostienen que cabe llamar a la cadena de transmitentes<sup>37</sup>.

4. El saneamiento por evicción, como sucede igualmente con el saneamiento por vicios ocultos, distribuye objetivamente un riesgo. Asigna al vendedor el riesgo relativo a la posesión pacífica y legal del bien vendido, porque se considera que quien estaba en mejores condiciones de advertir si hubo o no defecto en su título de adquisición y, por ende, en el de su adquirente. Y también porque rige la regla *nemo transferre potest* en el sistema de adquisición derivativa de los derechos y los derechos se transfieren con las debilidades o vicisitudes que sufrieran con antelación.

5. La razón de la llamada en garantía (o que se pida el emplazamiento del vendedor) es sencilla: que aquel que asegura o soporta el riesgo, el transferente o vendedor, pueda defender el título en el que descansa la posición del demandado. Y, como efecto necesario, este emplazamiento evita que en la sucesiva acción de regreso que emprenda el comprador vencido pueda el vendedor alegar la existencia de excepciones oponibles. Si es una exigencia de la buena fe (que se alza incluso como requisito de procedibilidad) la carga de comunicar el litigio y su alcance para que se ofrezcan los medios de defensa, no es precisa una norma de esta clase.

6. No hay una razón –o no hay más razón en este supuesto respecto a casos análogos de insatisfacción del interés del comprador– para involucrar procesalmente a la otra parte del contrato cuando el interés en cuestión ha repercutido negativamente en un tercero. Siempre cabrá (puesto que será naturalmente previsible,

---

<sup>37</sup> La STS, Pleno, 167/2020, de 11 de marzo (STS 735/2012, Rafael SARAZÁ JIMENA; sobre la modificación del *software* de los vehículos de Volkswagen para evitar el control sobre las emisiones) expone con claridad los casos y, para el supuesto que considera (la responsabilidad, y legitimación, por daños «contractuales» del fabricante por defectos de la cosa vendida frente al vendedor sin que el comprador recurriera a la responsabilidad por productos defectuosos) refiere la conexión económica y la vinculación publicitaria entre las partes (véase, su FD 4.º, apartados 16 y ss.).

art. 1107 I CC) que se reclame como daño los efectos perjudiciales que en las relaciones con terceros ha tenido el incumplimiento del contrato para el contratante en cuestión (no se proporcionó una posesión legal y pacífica, el bien vendido era defectuoso).

## BIBLIOGRAFÍA

- ARREGUI ZAMORANO, Pilar: «Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico (A propósito de la codificación del Derecho civil)», *AHDE LXXXII* (2012), pp. 337-385.
- BELLO, Andrés: *Obras completas*, VII, Pedro G. Ramírez, Santiago de Chile, 1888.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M.: *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1952.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Acciones personales del *verus dominus* frente al *tradens a non domino* en supuestos de irrevindicabilidad», *Aranzadi civil-mercantil* 11 (2015), pp. 29-51.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 2.ª edición.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.; y NIETO MONTERO, Juan José: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, I, Mariano YZQUIERDO (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- CORDÓN MORENO, Faustino: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Faustino CORDÓN/Teresa ARMENTA/Julio J. MUERZA/Isabel TAPIA (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, 2.ª edición, sub artículo 14.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, II, Tecnos, Madrid, 1989, 6.ª edición.
- DOMAT, Jean: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Jean Baptiste Coignard, Paris, 1695, 2.ª edición, *Las leyes civiles en su orden natural*, I, arreglada para el uso de los españoles por Felio Vilarrubias y José Sardá, Imprenta de José Taulo, Barcelona, 1841.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier: «Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional», *Isonomía* 1 (1994), pp. 70-99.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: «El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código civil y en los Derechos civiles autonómicos», *Deudas y herencia*, Gorka Galicia (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 27-97.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA GOYENA, Florencio; y Joaquín AGUIRRE: *Febrero, o Librería de jueces, abogados y escribanos*, IV, I. Boix, Madrid, 1842.
- GÓMEZ, Antonio: *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez*, por Joseph MARCOS, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1789.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- ITURRALDE SESMA, Victoria: «Elementos semántico-sintácticos de indeterminación de los enunciados normativos en el lenguaje legal», *Theoria: an international journal of theory, history and foundations of science*, 7-9 (1987-1988), pp. 157-190.



- LANCHAS SÁNCHEZ, José Javier: «La responsabilidad exigible en el saneamiento por evicción en caso de pluralidad de vendedores: solidaridad o mancomunidad», *RJUAM* 36 (2017) II, pp. 95-118.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014.
- LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás: *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, X, Reus, Madrid, 1950, 5.ª edición revisada por José María Bloch, *sub artículos* 1476 III, 1481 y 1482 CC.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: *Evicción parcial en la compraventa en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo (dir.), Cívitas, Madrid, 1998, *sub artículo* 41.
- «ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR DEFECTOS JURÍDICOS», *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, II, Eugenio Llamas (coord.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 401-428.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: «Derecho civil español y americano (sus influencias recíprocas)», *RDPr* 56 (1972), pp. 599-614;
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *Tratado de contratos*, II, Rodrigo Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 3.ª edición.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa», *ADC* (2003) IV, pp. 1609-1651.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) III, pp. 1019-1092.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993) IV, pp. 1719-1746.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El Anteproyecto de Código civil español (1881-1888)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2006, 2.ª edición.
- POTHIER, Robert Joseph: *Tratado del contrato de compra y venta*, traducción al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Imprenta de J. Roger, Barcelona, 1841 (*Traité du contrat de vente*, I, Paris/Orleans, 1772).
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco en José Luis Lacruz Berdejo *et alii*: *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, 2.º, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1995, 3.ª edición.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico: *Venta de cosa ajena y evicción (estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Bosch, Barcelona, 1990.
- «La evicción inversa en la compraventa», *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, II, Ángel Carrasco (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1353-1362.
- ROGRON, Josep André: *Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Chez H. Tarlier, Bruselas, 1827, 3.ª edición, *sub artículo* 1630.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Real Colegio de España, Bolonia, 1993.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: *Comentario del Código civil*, II, Cándido Paz-Ares *et alii* (dirs.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª edición, *sub artículo* 1482.
- TROPLONG, Raymond T.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente, commentaire du titre VI, livre III du Code civil*, Société Typographique Belge, Bruselas, 1844, *sub comentario artículo* 1626.

# Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios

## *Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O \**

**IVÓ COCA VILA**

Senior Researcher en el Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i. B.

**MARTA PANTALEÓN DÍAZ**

Contratada predoctoral (FPU) en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid \*\*

### RESUMEN

*El progresivo endurecimiento del sistema de responsabilidad de los administradores societarios hace del contrato de seguro un mecanismo cada vez más atractivo a fin de aminorar los importantes riesgos patrimoniales que acechan a los gestores societarios. Si en un primer momento se trataba exclusivamente de mitigar el riesgo derivado de eventuales pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, se discute hoy si las extendidas pólizas de seguro D&O podrían asimismo cubrir otras muchas consecuencias eco-*

---

\* Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE). Agradecemos a la Profesora Rut Lopera Viñé, a los Profesores Gonzalo J. Basso, Héctor García de la Torre, Carlos Castellví Monserrat, Fernando Molina Fernández, Fernando Pantaleón Prieto, Enrique Peñaranda Ramos, Leopoldo Puente Rodríguez, Daniel Rodríguez Horcajo y Antonio I. Ruiz Arranz, y al Letrado Diego Sobejano Nieto su lectura del borrador de este trabajo y valiosas críticas y sugerencias. Pedimos disculpas al lector por los errores restantes, que tras el escrutinio por parte de tantos brillantes colegas solo pueden deberse a una mezcla de nuestra ineptitud y obstinación. [Solo se ha tenido en cuenta la bibliografía publicada hasta octubre de 2020, fecha de aceptación de este artículo para su publicación]

\*\* Direcciones de correo electrónico de contacto: i.coca-vila@csl.mpg.de; marta.pantaleon@uam.es.

*nómicas perjudiciales vinculadas con el desempeño del cargo de administrador (sanciones, decomiso, gastos de defensa jurídica...). Así las cosas, el objetivo de este trabajo es analizar el sentido funcional o la naturaleza jurídica de cada uno de los institutos jurídicos de los que típicamente se derivan consecuencias económicas perjudiciales para los administradores y altos directivos en el desempeño de su cargo para, acto seguido, examinar minuciosamente los límites normativos (de orden público) a su asegurabilidad.*

### **PALABRAS CLAVE**

*Seguro D&O. Administradores societarios. Orden público. Responsabilidad civil. Enriquecimiento injustificado. Responsabilidad concursal. Responsabilidad tributaria. Aseguramiento de sanciones. Decomiso.*

## **The Non-transferable and the Insurable in the System of Corporate Directors' Liability**

### *A Study of the Public-Policy Limits to D&O Liability Insurance*

#### **ABSTRACT**

*The continual tightening of the system of responsibility to which corporate directors and officers are subject makes insurance a more and more attractive mechanism to mitigate the very considerable risk of economic loss that they are affected by in the exercise of their functions. In this regard, a debate that was originally centred on how to lessen risk arising from eventual claims for damages in tort or contract has now shifted its focus to the issue whether usual D&O policies could additionally cover other sources of economic loss linked to the office of corporate directors, such as sanctions, confiscation of assets, legal defence fees... The aim of this paper is hence to carry out an in-depth analysis of the legal nature and functions of the different forms of liability that corporate directors might typically incur in the exercise of their functions, which will in turn serve as a point of departure for a thorough examination on the normative (public-policy) limits to the insurability of the economic consequences associated to them.*

## KEY WORDS

D&O insurance. Corporate directors. Public policy. Damages. Unjust enrichment. Liability for insolvency. Tax liability. Insurance of sanctions. Confiscation.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *La responsabilidad civil en sentido estricto (indemnización de daños y perjuicios).*–2.1 Concepto y asegurabilidad.–2.2 Las concretas pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto.–2.3 ¿Inasegurabilidad del dolo?–3. *Las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos.*–4. *La responsabilidad por deudas sociales.*–5. *La asegurabilidad de las sanciones.*–5.1 Introducción.–5.2 La sanción (pública): concepto, finalidad y garantías.–5.3 La inasegurabilidad de la multa.–5.4 La asegurabilidad de los daños derivados de la inhabilitación.–6. *Los daños derivados del decomiso.*–6.1 Decomiso de efectos e instrumentos del delito.–6.2 Decomiso de las ganancias procedentes del delito (y de sus transformaciones).–6.3 Excurso: articulación de las consecuencias pecuniarias del delito.–7. *La asegurabilidad de los gastos derivados de procedimientos judiciales y la constitución de fianzas civiles y penales.*–7.1 Introducción.–7.2 El seguro de defensa jurídica.–7.3 Las fianzas pecuniarias y carcelarias.–8. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La progresiva expansión y el endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores y directivos de las sociedades de capital han hecho del desempeño de ambos cargos una profesión de riesgo<sup>1</sup>. Aquellos están sujetos, por un lado, a un severo y extenso régimen de responsabilidad mercantil (art. 236 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; en adelante, LSC)<sup>2</sup>. Por el otro, son igualmente ininidad las obligaciones de naturaleza administrativa que recaen sobre los gestores de las sociedades de capital. Su infracción puede acarrearles asimismo importantísimas sanciones; piénsese solo en las dispuestas en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en

<sup>1</sup> Muy claro en este sentido ya RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 24 ss., con múltiples referencias.

<sup>2</sup> Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE/TAPIA HERMIDA, *La Ley mercantil*, (10), 2015, p. 85; o PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *InDret*, (4), 2003, pp. 3 ss.

adelante, LMV), cuya dimensión afflictiva, en términos cuantitativos, en poco o nada diverge de la propia de las sanciones penales. Por último, la formidable expansión del Derecho penal económico ha sometido igualmente a los administradores sociales y directivos a un importante riesgo de sanción penal. No es solo que se hayan multiplicado los tipos penales llamados a reprimir las conductas de los *insiders* en el marco de las sociedades de capital (expansión cuantitativa), sino que aquellos se configuran de un modo cada vez amplio e indeterminado (expansión cualitativa). Por citar solo dos ejemplos de la importante reforma penal del año 2015: piénsese en el delito de administración desleal (art. 252 CP), en el que se tipifica ahora toda infracción de las facultades de administración de un patrimonio ajeno, cometida incluso con dolo eventual y ánimo de beneficiar a la sociedad (administración desleal altruista)<sup>3</sup>; o en el nuevo delito concursal (art. 259.3 CP) que criminaliza comportamientos (meramente) imprudentes<sup>4</sup>.

No es de extrañar, pues, que a este progresivo endurecimiento de los distintos regímenes de responsabilidad le haya acompañado un aumento del interés por parte de las sociedades de capital en el aseguramiento de las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que eventualmente incurren sus gestores en el ejercicio de su cargo<sup>5</sup>. A ojos de aquellas, la mitigación del riesgo que amenaza a los administradores y altos directivos se presenta como una condición fundamental para garantizar una administración eficiente: en primer lugar, porque el contrato de seguro permite reducir los costes de gestión derivados del aumento de las demandas retributivas de quien se sabe expuesto a un severo régimen de responsabilidad; en segundo lugar, porque aquel facilita la captación de talento, al contrarrestar los desincentivos que echarían atrás al potencial administrador o directivo adverso al riesgo<sup>6</sup>; y, en tercer y último lugar, porque el aseguramiento es igualmente un mecanismo idóneo para disminuir los importantes incentivos que genera un régimen de responsabilidad severo para llevar a cabo una gestión conservadora o poco original, y, por ende, ineficiente. Como señala Veiga Copo, a tenor de la extraordinaria presión jurídica que caracteriza el desempeño del cargo de administrador o directivo, «el

<sup>3</sup> Al respecto, en profundidad, *vid.* COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019, *passim*.

<sup>4</sup> Críticamente, *vid.* RODRÍGUEZ CELADA, *InDret*, (1), 2017, pp. 4 ss. *Vid.* al respecto, además, FEJOO SÁNCHEZ, 2016, pp. 109-157; o PASTOR MUÑOZ, 2019, pp. 292 ss.

<sup>5</sup> *Vid.* FLEISCHER, *MK-GmbHG*, 2019, nm. 374. Entre nosotros, en este sentido, *vid.* ya RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 20 ss.; y CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 981 ss.

<sup>6</sup> En esta línea, BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, p. 502, afirman que, en los EE. UU., la captación y retención de administradores y directivos cualificados es el motivo que más frecuentemente conduce a las compañías a contratar un seguro *D&O*.

seguro se convierte en el instrumento más racional para combatir el rigorismo elevado en la exigencia de responsabilidad»<sup>7</sup>.

En este contexto resulta fácil de comprender la rápida y exitosa implantación en nuestro país de las pólizas de responsabilidad de administradores y directivos societarios<sup>8</sup>, importadas sin apenas variaciones del mercado norteamericano y comúnmente denominadas –también en España– como pólizas de seguro *D&O* (*Directors and Officers*)<sup>9</sup>. Aunque no existe un único patrón de *D&O*, se trata este de un seguro de daños, voluntario y atípico, en el que, por lo general, es la propia sociedad de capital la que aparece como tomadora, obligándose por su parte la aseguradora a satisfacer la responsabilidad de los administradores y directivos derivada de los siniestros contemplados en la póliza<sup>10</sup>. Aunque el núcleo central de riesgo cubierto por los seguros *D&O* lo constituyen las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, estas pólizas suelen extender también su cobertura a otras muchas consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en la que puedan incurrir los administradores y directivos (seguro compuesto). Por un lado, es común la expresa cobertura de la responsabilidad tributaria de los administradores sociales, la responsabilidad concursal o los costes derivados de la defensa jurídica del asegurado, incluidas las fianzas civiles y penales. Por el otro, la usual vaga determinación del objeto del seguro a partir de la noción de daño patrimonial derivado de un «acto incorrecto» deja abierta la puerta a interpretaciones extensivas del objeto de cobertura. Se plantea entonces, por ejemplo, si no podrían quedar cubiertos también los daños derivados de la imposición al asegurado de sanciones (administrativas) como respuesta a la comisión (imprudente) de actos ilícitos.

El seguro *D&O* constituye, sin duda, un mecanismo eficaz de transferencia a un tercero del riesgo jurídico que amenaza a los administradores y directivos<sup>11</sup>. Ello resulta atractivo tanto para el administrador o directivo que exige a la sociedad la contratación de una póliza *D&O*, como para la misma sociedad tomadora del seguro, para la que asegurar a sus gestores resulta igualmente una operación económicamente racional. Sin embargo, la posibilidad de transferir

<sup>7</sup> VEIGA COPO, 2019, p. 726.

<sup>8</sup> De ello da cuenta VEIGA COPO, 2019, p. 722.

<sup>9</sup> Un estudio informativo de la «*D&O Insurance*» en el mercado norteamericano puede leerse en: KNEPPER/BAILEY/LANE, 2019, § 23.01 ss.; o en BAKER/GRIFFITH, 2011, pp. 42 ss.; y entre nosotros, PÉREZ CARRILLO, 2005, pp. 15 ss., 32 ss. Además, *vid.* el extenso estudio comparado editado por DEAKIN/KOZIOL/RISS, 2018, *passim* y, en particular, para el caso español, DEL OLMO GARCÍA, 2018, pp. 477–560.

<sup>10</sup> Sobre las características esenciales de esta clase de seguros, *vid.* RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 49 ss.; o CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 985 ss.

<sup>11</sup> En detalle, *vid.* BAKER/GRIFFITH, 2011, pp. 10 ss.

tales riesgos tiene límites normativos. Las sociedades de capital y las aseguradoras no son plenamente libres a la hora de decidir qué riesgos pueden quedar cubiertos en el marco de un seguro *D&O*. La autonomía privada de la que gozan a la hora de pactar el aseguramiento de un determinado riesgo encuentra en el artículo 1255 CC un límite infranqueable<sup>12</sup>. Habrá de considerarse nula, por un lado, aquella traslación del riesgo a la aseguradora que sea contraria a una norma imperativa. Por el otro, es *también nulo el contrato contrario al orden público, esto es, aquella forma de aseguramiento que resulte incompatible con la función o finalidad de la específica institución o sistema de responsabilidad del que trae causa el daño cubierto*<sup>13</sup>.

Hasta donde alcanzamos, la cuestión de la asegurabilidad de las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad de administradores o directivos apenas es objeto de atención por parte de la doctrina administrativista o penal. Tampoco en la doctrina mercantilista se ha abordado hasta el momento de forma omnicompreensiva la pregunta acerca de qué formas de responsabilidad en las que típicamente incurre un administrador societario son asegurables<sup>14</sup>. Sin embargo, la progresiva expansión del ámbito de cobertura en las pólizas de seguro *D&O*, amparada por autores que, por ejemplo, no ven óbice en asegurar la pena (criminal) de multa impuesta a un administrador (¡!)<sup>15</sup>, supone una seria amenaza al *telos* propio de muchas de las consecuencias jurídicas centrales de nuestro ordenamiento y, por extensión, una profunda distorsión de los distintos subsistemas de responsabilidad<sup>16</sup>. ¿Puede realmente un administrador liberarse del riesgo de responsabilidad civil «derivada» de la comisión de un delito doloso? ¿Tiene todavía un sentido imponer una sanción tributaria a quien recibirá el importe equivalente de una aseguradora? ¿Y qué hay de las formas de responsabilidad que la doctrina mayoritaria califica como «sanciones civiles»? ¿Puede efectivamente una aseguradora comprometerse al pago de una pena de multa impuesta por un juez penal a un alto directivo? ¿Y a los costes derivados de la defensa jurídica del administrador que es acusado con evidentes pruebas de haber cometido un delito de adminis-

<sup>12</sup> Aunque en el marco del ordenamiento jurídico alemán, todo ello es abordado en profundidad por RUTTMANN, 2014, pp. 27 ss.

<sup>13</sup> Sobre la función de defensa y salvaguarda de instituciones jurídicas del orden público (art. 1255 CC), *vid.* LLOPIS GINER, 1996, pp. 286 ss.

<sup>14</sup> Esta empresa, como mínimo parcialmente, sí ha sido emprendida en Alemania por RUTTMANN, 2014, *passim*.

<sup>15</sup> Entre nosotros, *vid.*, p. ej., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

<sup>16</sup> Sobre el papel disruptivo del seguro *D&O* en los mecanismos de disuasión de las distintas formas de responsabilidad aseguradas y cómo tratar de compensarlos *vid.* BAKER/GRIFFITH, 2011, pp. 2 ss., 77 ss.

tracción desleal? Estas y otras muchas preguntas similares hace tiempo que han dejado de ser especulaciones puramente teóricas.

Ante este panorama, *el objetivo central de este trabajo es llevar a cabo un examen normativo de la asegurabilidad de cada uno de aquellos riesgos jurídicos que típicamente acechan a los administradores y altos directivos de las sociedades de capital en el desempeño de sus funciones*<sup>17</sup>. Ello nos obliga a adoptar una perspectiva transversal que trascienda a la clásica compartimentación entre las distintas ramas del Derecho (civil, administrativo, penal, procesal). Se trata, en suma, de determinar normativamente qué conceptos son asegurables en el marco de las pólizas de seguro *D&O* y cuáles, por el contrario, no lo son, al ser su aseguramiento incompatible con la función propia de la institución de la que se deriva el riesgo y, por ende, contrario al orden público (art. 1255 CC). En todo caso, la naturaleza híbrida de una gran cantidad de formas de responsabilidad y consecuencias jurídicas –piénsese por ejemplo en la inhabilitación de los administradores prevista como consecuencia de su consideración como «personas afectada por la calificación» del concurso de la sociedad como culpable (art. 455.2.2.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en adelante, *TRLR*; antiguo art. 172.2.2.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*, en adelante, *LC*)– nos obliga a descartar en este trabajo una aproximación metodológica basada en conceptos clasificatorios rígidos en favor de una basada en tipos ideales<sup>18</sup>. Lo pretendido es, pues, presentar en lo que sigue los rasgos definitorios esenciales de cada uno de los (proto)tipos o polos ideales de las distintas formas de responsabilidad y consecuencias jurídicas que afectan a los administradores de las sociedades de capital y, acto seguido, el correspondiente juicio normativo sobre su asegurabilidad. Todas las formas intermedias o impuras, esto es, aquellas que compartan rasgos definitorios de dos o más polos ideales distintos habrán de tratarse

---

<sup>17</sup> Queda por lo tanto fuera de nuestro objeto de estudio la cuestión de la asegurabilidad de las consecuencias jurídicas lesivas del patrimonio de la propia sociedad derivadas de actos ilícitos de los administradores o directivos. Este problema fue parcialmente ya abordado a propósito de las «penas» impuestas a la persona jurídica por SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, (2), 2006, pp. 8 ss. Al respecto, *vid.* además BAER, *Ind. L. J.*, (83-3), 2008. En todo caso, el instrumental teórico aquí desarrollado sirve para responder también a esta pregunta. Quien entienda que las consecuencias impuestas (*ex art. 31 bis CP*) a las personas jurídicas son auténticas sanciones (penales), habrá de responder a la cuestión de su asegurabilidad del mismo modo en el que lo haremos nosotros a propósito de la pena de multa.

<sup>18</sup> Al respecto, *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, 2005, pp. 728 ss.; o recientemente, OROZCO LÓPEZ, 2018, pp. 298 ss.



a los efectos que aquí interesan a partir de la solución dada al tipo ideal al que estén más próximos<sup>19</sup>.

En lo que sigue se aborda primeramente la asegurabilidad de la responsabilidad civil en sentido estricto (apartado 2). Acto seguido, nos ocupamos de las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos (apartado 3) y de la responsabilidad por deudas sociales (apartado 4). A continuación, analizamos la asegurabilidad de las sanciones tanto administrativas como penales, en particular, de las multas e inhabilitaciones para ejercer el cargo de administrador o directivo (apartado 5). Seguidamente, hacemos lo propio con las consecuencias (económicas) derivadas de las distintas formas de decomiso (apartado 6) y de la defensa jurídica del administrador o directivo (apartado 7). El presente trabajo concluye con un último apartado (8) dedicado a compendiar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

## 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SENTIDO ESTRICTO (INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS)

### 2.1 CONCEPTO Y ASEGURABILIDAD

En términos dogmáticos, el concepto «responsabilidad civil» puede emplearse en un sentido amplio o en uno más restringido. En el primero –que es, por cierto, el que figura en la rúbrica del título V del libro I del CP: «De la *responsabilidad civil* derivada de los delitos...»<sup>20</sup>– la categoría engloba todas las formas de responsabilidad *inter privatos* que contempla el ordenamiento jurídico, unidas entre sí simplemente por el hecho de ser pretensiones de un *particular* hacia otro, sujetas al principio *dispositivo*.

A los efectos de dilucidar su asegurabilidad, la categoría de la responsabilidad civil en sentido amplio resulta, en nuestra opinión, poco fructífera. Como hemos señalado, el que el aseguramiento de una determinada forma de responsabilidad contrarie o no el «orden público» dependerá, en esencia, de la medida en que su cobertura por un contrato de seguro le impida desempeñar la *función* que le es propia. Sin embargo, lo cierto es que la expresión «responsabili-

<sup>19</sup> Preguntarse por la asegurabilidad de una clase de responsabilidad en atención a la finalidad última de la consecuencia jurídica puede también ayudar a establecer las siempre borrosas fronteras entre formas de responsabilidad híbridas. Al respecto, *vid.* BAKER, 2009, pp. 66 ss.

<sup>20</sup> Así, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 2014, pp. 1173-1185; DEL MORAL GARCÍA, 2018, p. 458.

dad civil», en su acepción más amplia, aglutina (al menos) cuatro formas de responsabilidad claramente diferenciadas: la responsabilidad civil indemnizatoria, que será objeto de este apartado del trabajo; las pretensiones civiles de reintegración de derechos subjetivos, a la que se dedicará el apartado 3; la responsabilidad civil por deudas, que se analizará en el apartado 4 del artículo; y, finalmente, ciertas formas de lo que podríamos denominar «decomiso civil de ganancias» –paradigmáticamente, en el ámbito que aquí se analiza, el previsto en el artículo 227.2 LSC–, que se estudiarán, junto con dicha figura, en el apartado 6 del trabajo.

Desde el punto de vista *funcional*, las cuatro formas de responsabilidad que acaban de enumerarse no tienen *nada* que ver unas con otras. De hecho, es perfectamente posible afirmar que, funcionalmente, algunas de ellas comparten mucho menos entre sí que con otras instituciones propias del Derecho *público*. Este es el caso de los decomisos civiles de ganancias, cuya finalidad inequívocamente preventiva ha de conducir, a nuestro juicio, a darles el mismo tratamiento –al menos, desde el punto de vista de su asegurabilidad– que a su homónimo jurídico-público. Un paralelismo muy similar a este puede apreciarse entre la responsabilidad indemnizatoria civil y sus equivalentes funcionales en el Derecho administrativo: la «responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», regulada con carácter general en el capítulo IV del título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)<sup>21</sup>, y las pretensiones de aquellas contra los particulares tendentes al resarcimiento de un daño, dispersas por la normativa sectorial<sup>22</sup>. Y la misma equivalencia funcional se da entre las formas jurídico-privadas de responsabilidad por deudas ajenas (de las que la prevista en el art. 367 LSC es, probablemente, el mejor ejemplo) y la responsabilidad tributaria, cuya regulación general se establece en la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo II del título I de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

<sup>21</sup> En nuestra doctrina, el análisis de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tomando como base los principios rectores del Derecho civil de daños tuvo como punto de partida el estudio crítico de PANTALEÓN PRIETO, DA, (237-238), 1994, pp. 239-253; que volvió sobre estas ideas en, el mismo, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 181-191. *Vid.*, en esta misma línea, SANZ RUBIALES, 2012, pp. 285 ss.; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, pp. 879 ss.

<sup>22</sup> A este respecto, el artículo 28.2 LRJSP establece que «las responsabilidades administrativas que se derivan de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora». Sobre ello, *vid.*, en detalle, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2017, pp. 226 ss.

Por todo ello, consideramos más adecuado, desde el punto de vista metodológico –y a los efectos que aquí interesan– agrupar las diferentes formas de responsabilidad en que pueden incurrir los administradores societarios teniendo en cuenta sus concretas funciones, y no tanto su adscripción en la clásica dicotomía Derecho público/Derecho privado. En esta misma línea, renunciaremos por completo a emplear la expresión «responsabilidad civil» en el sentido amplio antes mencionado y nos referiremos con ella *exclusivamente* a las pretensiones de carácter *resarcitorio* (indemnización de daños y perjuicios) que tanto las personas jurídico-privadas como jurídico-públicas pueden entablar contra los administradores de una sociedad de capital. Solo esta clase de pretensiones son, como ya anticipamos, objeto de este apartado.

La regulación general más básica de esta responsabilidad civil «en sentido estricto» se encuentra en los artículos 1101 (responsabilidad contractual) y 1902 CC (responsabilidad extracontractual). Estas pretensiones parten, en todo caso, de la base de una interacción entre dos o más personas, resultas de la cual una de ellas sufre un *daño*. Ante esta situación, las normas reguladoras de la responsabilidad civil responden a la pregunta por si el perjudicado por ese daño ha de ser quien definitivamente lo soporte o, por el contrario, este puede exigir al Estado que movilice los recursos necesarios para que el daño sea *desplazado* a otro (u otros) de los partícipes en la interacción que lo ha generado. La regla general es clara y coincide con la máxima latina «*casus sentit dominus*»: en principio, cada cual se hace cargo de su propia mala suerte; el daño, como regla, «se queda donde está» (*losses lie where they fall*)<sup>23</sup>. El desplazamiento del daño a otro de los implicados en la interacción es excepcional y exige siempre la existencia de una razón de peso, que permita considerar que, entre aquel y el perjudicado, es *más justo* que sea el primero quien definitivamente lo soporte<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Así, entre muchos otros, SALVADOR CODERCH, 1997, pp. 103 s.; PANTALEÓN PRIETO, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 74-175, 179, 190 s.; SALVADOR CODERCH/GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, (1), 2005, p. 21. Este criterio por defecto de distribución del infortunio tiene, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, p. 81, «una importante ventaja: no es manipulable y en ese sentido es completamente imparcial. Cada uno disfruta de lo bueno que tiene en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio. Otra ventaja secundaria es que es totalmente económica[O] desde una perspectiva procesal: al no haber reasignación, no hacen falta procedimientos jurídicos». Un estudio del fundamento de este principio de distribución defectiva de la desgracia puede leerse en COCA VILA, 2016, pp. 387 y ss., con múltiples referencias. Además, *cf.*: FREELAND, 2019, pp. 367 ss.

<sup>24</sup> Lo expresan de forma prácticamente idéntica REGLERO CAMPOS/PEÑA LÓPEZ, 2014, p. 71. Sobre las razones por las que sería más justo que aquel sobre el que se cierne el peligro en primera instancia deba también soportar la realización del daño, *vid.* COCA VILA, 2016, pp. 392 y ss.; y resumidamente, el mismo, *New Criminal Law Review*, (22:1), 2019, pp. 43 ss., 52 ss.

Las posibles «razones de peso» a estos efectos son, básicamente, cuatro: (i) la causación objetivamente imputable del daño a través de un incumplimiento contractual que, de acuerdo con el reparto de riesgos establecido en el contrato, resulta atribuible al deudor<sup>25</sup>; (ii) la causación objetivamente imputable del daño con «culpa o negligencia», en el sentido del artículo 1902 CC; (iii) la causación objetivamente imputable del daño en el curso de una actividad legalmente señalada como especialmente peligrosa y, en esta medida, sujeta a un régimen de responsabilidad extracontractual sin culpa; (iv) y la condición de persona en cuyo (mayor) interés se ha causado lícitamente un daño (menor) a otro, que no tenía el deber de soportarlo<sup>26</sup>. Son estos los que la doctrina civilista señala como «criterios de imputación» de responsabilidad civil, que se encuentran en la base de la célebre clasificación que distingue entre responsabilidad civil contractual (i) y responsabilidad civil extracontractual por culpa (ii), objetiva o por riesgo (iii) y cuasi-expropiatoria o por sacrificio (iv)<sup>27</sup>.

Dejando de lado los casos de «mala fe del asegurado» (art. 19 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; en adelante, LCS) –que abordaremos detenidamente más adelante (epígrafe 2.3)–, la asegurabilidad de todas estas formas de responsabilidad civil está fuera de duda. Y es que el seguro de responsabilidad civil contribuye *favorablemente* al desempeño de la función de esta clase de pretensiones, permitiendo, por un lado, que el perjudicado obtenga una garantía de compensación muy superior a la que le proporciona la solvencia del responsable<sup>28</sup> y, por otro, que el coste que el resarcimiento supone para este último se distribuya entre todos los pagadores de primas, sin resultar demasiado gravoso para ninguno de ellos; todo ello sumado, por supuesto, a la obtención de un beneficio por parte de la compañía aseguradora. El seguro parece, de este modo, disolver el juego de «suma cero» entre responsable y perjudicado que se plantea, por defecto, en los escenarios de los que se ocupa el Derecho de daños, convirtiéndolo en un juego

<sup>25</sup> En defecto de pacto, ha de entenderse que son en este sentido «atribuibles» al deudor no solo los incumplimientos del contrato debidos a su culpa (art. 1104 CC), sino también los que deriven de un impedimento incluido en su ámbito de control o a sucesos cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual fuera razonablemente previsible a tiempo de contratar. *Vid.*, en este sentido, por todos, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1056-1072.

<sup>26</sup> El mejor ejemplo de ello es, quizás, la responsabilidad civil por daños causados en estado de necesidad, prevista en la regla 3.<sup>a</sup> del artículo 118.1 CP.

<sup>27</sup> Esta misma clasificación de las formas de responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse en PANTALEÓN PRIETO, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 176-178.

<sup>28</sup> Así, RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 42 s.; el mismo, *InDret*, (1), 2005, p. 5; el mismo, 2016, p. 643; GUERRERO LEBRÓN, 2004, p. 10.

de «suma positiva»: dejando al margen el hecho de que el daño ya producido no puede borrarse del mundo, todos salen beneficiados.

El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos no supone, en este punto, ninguna excepción reseñable. Las dudas sobre la licitud del seguro *D&O* se encuentran hoy, en efecto, felizmente superadas<sup>29</sup>. Como recuerdan Campins Vargas y Roncero Sánchez, aquellas traían causa, básicamente, de dos argumentos. El primero y más importante de ellos —empleado tradicionalmente para sostener, con carácter general, la ilicitud del seguro de responsabilidad civil— es el argumento del «riesgo moral»: proteger patrimonialmente a los administradores de las consecuencias del incumplimiento de sus deberes de diligencia hará que tengan *incentivos perversos* para comportarse de forma descuidada hacia los intereses de la sociedad y los de los terceros con los que se relacionen en el ejercicio de su cargo<sup>30</sup>. En otras palabras, el aseguramiento de la responsabilidad civil destruye su eficacia preventiva. Por otro lado, el segundo de los argumentos giraba en torno al carácter supuestamente *imperativo* (indisponible) del régimen de responsabilidad civil de los administradores societarios<sup>31</sup>.

La respuesta habitual a este último argumento consiste en subrayar las evidentes diferencias que existen entre *excluir* la responsabilidad civil de los administradores y *asegurarla*: una cosa es que la sociedad no pueda renunciar anticipadamente a exigir responsabilidad civil a sus administradores, eximiéndolos completamente de responsabilidad, y otra muy distinta es que estos celebren —o, como resulta más habitual en este ramo, la sociedad celebre en su beneficio— un contrato de seguro por medio del que un tercero (la compañía aseguradora) acuerda hacerse cargo de la satisfacción de dicha responsabilidad<sup>32</sup>. Esta es, sin embargo, una respuesta solo aparentemente válida, en la medida en que, en realidad, el segundo de los argumentos en contra de la asegurabilidad de la responsabilidad civil de los administradores societarios resulta perfectamente reconducible al primero<sup>33</sup>. En efecto, la única razón por la que podría sostenerse la indisponibilidad del régimen de responsabilidad de los administradores sería la de que esta persigue funciones que *trascienden* los intereses individuales de los particulares implicados en la renuncia anticipada (la concreta sociedad, los

<sup>29</sup> *Vid.*, en este sentido, CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 990; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 84 s.; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 642.

<sup>30</sup> Una formulación clásica de este argumento puede encontrarse en MCNEELY, *CLR*, (41-1), 1941, *passim* (especialmente, pp. 30, 33 s., 60).

<sup>31</sup> CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 990; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 642.

<sup>32</sup> Así, RONCERO SÁNCHEZ, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 2016, p. 643.

<sup>33</sup> Lo destaca, con razón, CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 990.

concretos administradores); funciones como la de crear *incentivos* para que los administradores societarios, en *general*, desempeñen correctamente su labor. Y lo cierto es que, desde el punto de vista de la eliminación de tales incentivos, la exoneración de responsabilidad y el seguro no se diferencian en nada.

Esto conduce a la necesidad insoslayable de refutar el argumento del riesgo moral, al que la doctrina ha opuesto dos consideraciones, a nuestro juicio, definitivas. La primera es la más simple y la más importante, y consiste en negar la premisa mayor (implícita) del argumento: la responsabilidad civil –incluida, por supuesto, la responsabilidad civil por culpa y, en concreto, la de los administradores societarios– *no tiene una finalidad preventiva, sino meramente resarcitoria*<sup>34</sup>. Los mecanismos que el ordenamiento jurídico destina a la prevención de conductas incorrectas están específicamente diseñados para cumplir de la mejor forma posible esta función: son formas de responsabilidad que el Estado impone de oficio y cuya medida se determina en función de la gravedad de la conducta (penas, sanciones) o del beneficio obtenido por el autor (decomiso de ganancias). Las pretensiones indemnizatorias, por el contrario, se encuentran sometidas al principio dispositivo –como demuestra, en el ámbito societario, el artículo 238.2 LSC– y dependen, tanto en el *an* como en el *quantum*, del daño causado al perjudicado<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Cuestión distinta, claro está, es que el sistema pueda tener bajo ciertas circunstancias un efecto colateral preventivo, en todo caso secundario. La tesis aquí sostenida –o una versión más o menos matizada de ella– goza de una aceptación generalizada en la doctrina española y ha contado siempre, como defensor más ferviente, con PANTALÓN PRIETO; *vid.* sobre todo, 1991, p. 1791; el mismo, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 171-173; y, respecto de la responsabilidad contractual, el mismo, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1020 s., 1023-1043. La posición contraria, célebremente defendida por autores como POSNER, *J. Leg. Stud.*, (1), 1972, *passim* (especialmente, 29-52), tiene como principal abanderado en España a Salvador Coderch, aunque son varios los autores que comparten en este punto sus tesis; *vid.*, p. ej., 1997, pp. 117, 120-124; y, más recientemente, SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, (4), 2004, *passim* (especialmente, p. 12); SALVADOR CODERCH/GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, (1), 2005, *passim* (especialmente., pp. 6, 9 s., 14, 19 s.). La aplica al concreto ámbito de la responsabilidad de los administradores societarios LLEBOT MAJÓ, 2016, pp. 14, 26.

<sup>35</sup> Esta tajante afirmación se ve hasta cierto punto enturbiada por ciertas normas del Derecho positivo español que –importando la doctrina del «método triple de cómputo del daño» (*dreifache Schadensberechnung*) ideada por el *Reichsgericht* alemán antes de la entrada en vigor del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*; en adelante, BGB)– parecen establecer como medidas *alternativas* del lucro cesante, como daño vinculado a ciertas infracciones de derechos subjetivos (i) el beneficio dejado de obtener por el titular del derecho como consecuencia de la infracción, (ii) el beneficio obtenido por el infractor a resultas de la misma y (iii) el precio que el infractor hubiera tenido que pagar al titular por la concesión de una licencia para explotar lícitamente el derecho (*vid.* arts. 140.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en adelante, LPI; 43.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en adelante, LM; y 74.2 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes). Para una certera crítica de dicha doctrina y su «importación» al Derecho positivo español, *vid.* BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, *passim*, quien sostiene, además la posibilidad de interpretar los citados preceptos en clave de auténtica cuantificación (por apro-

De acuerdo con lo que antes hemos sostenido, esta línea de argumentación debería conducir a afirmar –contra lo que todavía sostiene parte de la doctrina– el carácter enteramente dispositivo del régimen legal de responsabilidad de los administradores societarios: si este no protege más interés que el de las partes implicadas (administrador potencialmente responsable y concretos perjudicados potenciales, señaladamente la propia sociedad), no debería existir ningún inconveniente en que estas acordaran someterse a uno más o menos exigente, por ejemplo, excluyendo mediante una disposición estatutaria la posibilidad de ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores con base en una infracción de su deber de diligencia. A ello parecen oponerse, sin embargo, dos disposiciones legales: los artículos 230.1 y 236.2 LSC. En la medida en que el primero de los preceptos se circunscribe a las infracciones del deber de lealtad de los administradores y lo más frecuente en la práctica es que estas sean *dolosas*<sup>36</sup>, diferiremos su tratamiento al tercer epígrafe de este apartado (2.3). En cuanto al artículo 236.2 LSC, consideramos que la única interpretación razonable del precepto pasa por leerlo –en la línea propuesta por parte de nuestra doctrina mercantilista<sup>37</sup>– como una disposición «*antifraude*», de manera que los únicos acuerdos de la junta general que no tendrían la virtualidad de exonerar a los administradores de responsabilidad frente a la sociedad serían aquellos en los que los primeros hubieran *abusado* de su posición, forzando la adopción del correspondiente acuerdo (por ejemplo, ocultando información relevante a los socios) precisamente con dicha finalidad<sup>38</sup>.

Sea como fuere, la segunda de las consideraciones con base en las que la doctrina ha tratado de defender la licitud del seguro *D&O* frente al argumento del riesgo moral se basa en el cuestionamiento empírico de la premisa menor (de nuevo, implícita) del razonamiento: no está demostrado que el aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores societarios reduzca sus incenti-

---

ximación del daño padecido por el titular del derecho (pp. 1296-1299). En sentido similar se manifiesta, aunque en relación exclusivamente con el artículo 140.2 LPI, SERRANO GÓMEZ, 2012, pp. 85-88.

<sup>36</sup> Esto, sin embargo, no es necesariamente así. *Vid.*, al respecto, n. 52.

<sup>37</sup> Así, IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 128 s.; QUIJANO GONZÁLEZ, 2011, pp. 1699 s.; *vid.*, en sentido similar, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, 1998, p. 111.

<sup>38</sup> Hay que reconocer, sin embargo, que con esta lectura la norma se vuelve hasta cierto punto redundante, en la medida en que, al menos en la mayoría de los casos, el acuerdo fraudulento en cuestión será anulable por contrario al interés social (art. 206.1 LSC). Quizás la finalidad de la norma sea simplemente la de dejar a salvo la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores sin necesidad de impugnar el acuerdo, o habiendo caducado la acción de impugnación (art. 205 LSC).

vos para desempeñar correctamente sus funciones<sup>39</sup>. Es más, desde el punto de vista teórico, lo cierto es que la hipótesis contraria resulta igualmente plausible. En esta línea, hay autores que apuntan que el seguro de responsabilidad civil podría conducir a que los administradores asumieran el *nivel de riesgos óptimo* para la buena marcha de la sociedad, eliminando su tendencia a la «administración defensiva» e impidiendo que la adopción de cautelas excesivas pueda frustrar oportunidades de negocio interesantes<sup>40</sup>. Por otro lado, no puede soslayarse el papel que, en esta clase de seguros, desempeña la compañía aseguradora como agente de *control externo* de la administración societaria; papel que ha llevado a parte de la doctrina a calificar el seguro *D&O* como un instrumento especialmente eficaz de gobierno corporativo<sup>41</sup>.

En definitiva –y dejando de lado, por ahora, los casos de dolo del asegurado– las pretensiones *indemnizatorias* entabladas contra los administradores societarios (su responsabilidad civil en sentido estricto) pueden ser lícitamente objeto de un seguro, en la medida en que (i) su función no es preventiva, sino resarcitoria, y el seguro contribuye favorablemente al cumplimiento de dicha función; y (ii) no está, en todo caso, ni mucho menos claro que los incentivos de los administradores societarios para el correcto desempeño de su cometido se vean reducidos por la contratación en su beneficio de un seguro de responsabilidad civil.

A partir de este punto, el resto del apartado se dedica, en primer lugar, a delimitar con mayor precisión cuáles de las pretensiones de responsabilidad de los administradores societarios contempladas en nuestro ordenamiento han de calificarse como resarcitorias y, por ende, asegurables con base en las consideraciones anteriores (epígrafe 2.2). En segundo lugar, se estudia la medida en la que dichas consideraciones pueden extenderse a los supuestos de «mala fe del asegurado» (art. 19 LCS), poniendo en tela de juicio –al menos, *de lege ferenda*– la supuesta contrariedad al orden público (art. 1255 CC) del aseguramiento de la responsabilidad civil por dolo (epígrafe 2.3).

<sup>39</sup> Así, entre otros, RONCERO SÁNCHEZ, 2016, pp. 642-643; VEIGA COPO, t. II, 2019, p. 1085.

<sup>40</sup> RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 36 s.; CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 990 s.

<sup>41</sup> RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 44-46; CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 989, 991, 1007; GUERRERO LEBRÓN, 2004, pp. 10 s.; IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, p. 470; 2005, p. 99; BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, pp. 489, 516-525, 533-537.



## 2.2 LAS CONCRETAS PRETENSIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN SENTIDO ESTRICTO

En el ordenamiento jurídico español las pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto se encuentran sometidas a una *doble regulación general*. Así, en lo que respecta a los administradores societarios, tenemos, por un lado, las pretensiones indemnizatorias contempladas en la legislación *civil y mercantil*, cuyo régimen general establecen los artículos 236 a 241 bis LSC (acciones social e individual de responsabilidad) y, supletoriamente, los citados artículos 1101 y ss. (responsabilidad contractual) y 1902 y ss. (responsabilidad extracontractual) del CC. Por otro, sin embargo, encontramos los preceptos del título V del libro I del CP reguladores de la «indemnización de perjuicios materiales y morales» (art. 110.3.º CP)<sup>42</sup>, que han de ser objeto de aplicación preferente si la pretensión resarcitoria se ventila en un proceso penal entablado contra el administrador, como consecuencia de la comisión por su parte de un hecho previsto como delito<sup>43</sup>. Sea como fuere, la doctrina reconoce, de forma prácticamente unánime, que todas las que acaban de enumerarse son pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto<sup>44</sup>, cuya asegurable –de acuerdo con lo argumentado en el epígrafe anterior (2.1)– estaría, por tanto, fuera de duda.

Más allá de estos regímenes generales, existe un sinnúmero de preceptos, dispersos por el ordenamiento jurídico que contemplan supuestos *específicos* de responsabilidad indemnizatoria de los administradores societarios. Estas regulaciones se limitan a concretar las anteriormente mencionadas en relación con supuestos o ámbitos particulares, a modo de auténticas *leges speciales* que, en esta medida, han de ser objeto de aplicación preferente sobre aquellas. Contemplan, sin duda, pretensiones de esta clase –entre muchos otros ejemplos– los artículos 11 ter.3, 32.1 y 224.1 LSC, el

<sup>42</sup> Como veremos, la «restitución» (arts. 110.1.º y 111 CP) pertenece más bien al ámbito de la reintegración de derechos subjetivos absolutos; algo que probablemente quepa decir también de la «reparación del daño» (arts. 110.2.º y 112 CP), si es que significa algo diferente de su indemnización.

<sup>43</sup> *Cfr.*, no obstante, GANDÍA PÉREZ, *ADPCP*, (73), 2020, 467-522, quien considera que, en este ámbito, han de resultar también preferentemente aplicables los artículos 236 a 241 bis LSC. Su argumento se basa, sin embargo, en una premisa, a nuestro juicio, cuestionable: la de que la regulación penal de la responsabilidad civil *ex delicto* se ciñe a las pretensiones indemnizatorias extracontractuales.

<sup>44</sup> Respecto de la responsabilidad civil *ex delicto*, *vid.*, por todos, PANTALEÓN PRIETO, *Jueces para la Democracia*, (19), 1993, *passim* (especialmente, p. 6); SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2001, *passim* (especialmente, pp. 3, 10); ALONSO GALLO/PUENTE RODRÍGUEZ, 2018, nms. 6220 s. Una opinión contraria (pero aislada) sostiene HORTAL IBARRA, *InDret*, (4), 2014, *passim* (especialmente, pp. 4 s., 25 s.).

artículo 455.2.5.º TRLC (antiguo art. 172.2.3.º *in fine* LC), o los artículos 38 y 124 LMV; y probablemente quepa predicar lo mismo de los artículos 73.3<sup>45</sup> y 136 a 138 LSC<sup>46</sup>. A pesar de la intensa polémica desarrollada al respecto con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial<sup>47</sup>, esta es también, de acuerdo con la doctrina prácticamente unánime<sup>48</sup> y la jurisprudencia de la Sala Primera del TS<sup>49</sup>, la naturaleza de la llamada «responsabilidad concursal» actualmente contemplada en el artículo 456 TRLC (antiguo art. 172 bis LC). Ninguna de estas formas de responsabilidad presenta particularidades dignas de ser reseñadas respecto de

---

<sup>45</sup> El precepto contempla la responsabilidad solidaria de los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado de las aportaciones no dinerarias satisfechas como contrapartida de un aumento de capital y el valor real de dichas aportaciones. Puede, sin embargo, que tenga razón LA CASA GARCÍA, 2011, pp. 673 s., cuando caracteriza esta forma de responsabilidad como una por deuda ajena, en la línea de las que analizaremos en el apartado 4. De acuerdo con este autor, los administradores serían aquí una suerte de fiadores *ex lege* de la deuda *del socio aportante* para con la sociedad, por la diferencia entre el valor real de su aportación y el que le han atribuido los administradores.

<sup>46</sup> Estos preceptos establecen, en síntesis, la obligación solidaria de los administradores de desembolsar las acciones propias adquiridas por la sociedad anónima en caso de aumento de capital vulnerando las prohibiciones en materia de autocartera, salvo que demuestren no haber incurrido en culpa. *Cfr.*, no obstante, ÁVILA DE LA TORRE, 2011, pp. 1061-1063; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2011, pp. 1058, 1060, que aproximan más bien su naturaleza jurídica a la de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales que analizaremos en el apartado 4 del trabajo, caracterizándola como una «pena civil». Cuesta ver, sin embargo, cuál es, de acuerdo con este autor, la deuda *social* de la que responden los administradores en este caso, ¿quizás una de la sociedad consigo misma?

<sup>47</sup> Antes de la reforma, era mayoritaria la calificación de esta forma de responsabilidad como una responsabilidad de los administradores por deudas sociales en garantía de los derechos de los acreedores, como la prevista en el artículo 367 LSC; así, entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2004, pp. 2578 s., 2599; ESPINÓS BORRAS DE QUADRAS, 2004, pp. 1788-1797; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2005, pp. 657 s., 665; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 373 s. Esta fue también la postura asumida por la mayoría de la Sala 1.ª del TS (p. ej., en sus SSTs 1.ª 501/2012, de 16 de julio; 669/2012, de 14 de noviembre; 744/2012, de 20 de diciembre; y 74/2013, de 28 de febrero). El respaldo jurisprudencial a la tesis de la doctrina mayoritaria no fue, sin embargo, unánime, y el Magistrado Sancho Gargallo así lo hizo constar en sus votos particulares a las SSTs 1.ª 298/2012, de 21 de mayo; 669/2012, de 14 de noviembre y 744/2012, de 20 de diciembre, defendiendo la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal; una posición que, en la doctrina, habían sostenido también ALONSO UREBA, 2004, pp. 1438, 1442, 1445-1448; MAMBRILLA RIVERA, 2004, p. 2860; y, aparentemente, IRIBARREN BLANCO, *ADCo*, (7), 2006, pp. 88 s.

<sup>48</sup> Así, p. ej., MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, p. 1848; MARTÍNEZ GALLEGO, 2018, pp. 516-519; SANCHO GARGALLO, 2018, pp. 337-341. *Cfr.*, no obstante, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2016, pp. 375-396.

<sup>49</sup> La Sala estableció esta doctrina por primera vez en su sentencia plenaria 772/2014, de 12 de enero de 2015, y la ha mantenido posteriormente, de manera más o menos explícita, en numerosas resoluciones; *vid.*, p. ej., las SSTs 1.ª 45/2015, de 15 de febrero; 275/2015, de 7 de mayo; 395/2016, de 9 de junio; 719/2016, de 1 de diciembre; 2013/2017, de 29 de marzo; 693/2017, de 20 de diciembre; y 214/2020, de 29 de mayo.

las regulaciones más generales de la responsabilidad civil de los administradores societarios, por lo que han de considerarse, a nuestro juicio, igualmente asegurables<sup>50</sup>.

### 2.3 ¿INASEGURABILIDAD DEL DOLO?

Todo lo señalado hasta este punto –función puramente resarcitoria y, por tanto, carácter *asegurable* de la responsabilidad civil en sentido estricto– solo parece tener un límite: la (supuesta) *ilicitud* del aseguramiento de la responsabilidad derivada de conductas dolosas del asegurado. En este último epígrafe del apartado, estudiaremos las implicaciones de esta prohibición y trataremos de desentrañar (en su caso) su fundamento. El problema es, en realidad, común a *todas* las formas asegurables de responsabilidad de los administradores que analizamos en este trabajo. Si lo abordamos en el marco de este apartado, dedicado en exclusiva a las pretensiones indemnizatorias de daños, ello se debe, sencillamente, al hecho de que el debate doctrinal y jurisprudencial en la materia ha girado casi siempre en torno a esta concreta forma de responsabilidad.

Los dos preceptos legales que articulan la discusión sobre la asegurabilidad del dolo son los artículos 19 y 76 LCS. De acuerdo con el primero, «el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por *mala fe* del asegurado»; concepto que la doctrina mayoritaria considera equivalente al de *incumplimiento doloso de sus obligaciones* por parte del asegurado<sup>51</sup> y en el que cabrían, por consiguiente –en el marco del seguro *D&O*–, prácticamente cualquier supuesto de infracción por parte de los administradores de su deber de *lealtad* frente a la sociedad<sup>52</sup> y todos los casos posibles de responsabilidad civil de los administradores «derivada» de

<sup>50</sup> Respecto de la responsabilidad concursal, *vid.*, entre otros, GUERRERO LEBRÓN, 2004, pp. 182 s.; RONCERO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2005, p. 23; IRIBARREN BLANCO, *ADCo*, (7), 2006, pp. 86, 112; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 373-376.

<sup>51</sup> En efecto, la mayoría de los autores coincide en afirmar que, para que resulte aplicable la exclusión de cobertura declarada en el artículo 19 LCS, es suficiente con que el asegurado provoque dolosamente el *siniestro* –el hecho generador del daño– sin necesidad de que su dolo se extienda a este último.  *Vid.*, en este sentido, por todos, SÁNCHEZ CALERO, 1984, pp. 273 s.; el mismo, 2010, pp. 447-448; BADILLO ARIAS, 2017, pp. 464-471.

<sup>52</sup> Aunque no todos; *vid.*, en este sentido, COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019, pp. 3 s.

*delitos dolosos*<sup>53</sup>. Por su parte, el artículo 76 LCS establece, en lo que aquí interesa, que

«el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este»<sup>54</sup>.

Pese a las duras críticas doctrinales que –probablemente con razón– se han vertido contra la aplicación imperativa de este sistema a los seguros *voluntarios* de responsabilidad civil<sup>55</sup>, lo cierto es que hoy reina un amplísimo consenso doctrinal en torno al juego de estos dos preceptos de la LCS<sup>56</sup>, amén de unanimidad en la jurisprudencia de las Salas 1.<sup>a</sup><sup>57</sup> y 2.<sup>a</sup> del TS<sup>58</sup>. En síntesis, aunque las partes del seguro de responsabilidad civil son libres para pactar válidamente cualesquiera exclusiones de cobertura basadas en las características de la conducta del asegurado que da lugar al siniestro (paradigmáticamente, su carácter doloso) estas *no resultan oponibles* al perjudicado en el ejercicio por su parte de la acción directa contra el asegurador. Sin embargo, en la medida en que tales exclusiones de cobertura son perfectamente eficaces *en la relación interna* entre las partes, queda a salvo el derecho del asegurador a *repetir* contra el asegurado. Esto permite afirmar que el asegurador

<sup>53</sup> Aunque son estos los supuestos más frecuentes de responsabilidad civil *ex delicto* de los administradores societarios, no puede desconocerse que también existe la posibilidad de que sean condenados en el marco de su actividad por delitos imprudentes como los delitos contra la salud pública (art. 367 CP), el homicidio (art. 142 CP), o las lesiones (art. 152 CP) –piénsese en los clásicos casos de responsabilidad penal por productos defectuosos–, el blanqueo de capitales (art. 301.3 CP) o las insolvencias punibles (art. 259.3 CP).

<sup>54</sup> Como señala SÁNCHEZ CALERO, 2010, pp. 1797-1799, este precepto tiene como correlato, en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, el artículo 117 CP.

<sup>55</sup> Así, SÁNCHEZ CALERO, 2010, pp. 454 s.; TAPIA HERMIDA, *RARCS*, (54), 2015, p. 44; y, especialmente en relación con el seguro *D&O*, IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 304-306.

<sup>56</sup> *Vid.*, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, 1984, pp. 669-679; el mismo, 2010, pp. 1790, 1799; PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 2002 s.; PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 286-290, 298; LA MISMA, *RDS*, (20-1), 2003, pp. 202 s.; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 231-235; el mismo, 2016, pp. 665 s.; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 303-308; 2006, p. 99; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 386 s.; TAPIA HERMIDA, *RARCS*, (54), 2015, pp. 39 s., 44; BADILLO ARIAS, 2017, pp. 474 s.; ELGUERO MERINO, *ibid.*, p. 1342; VEIGA COPO, t. I, 6.<sup>a</sup> ed., 2019, pp. 814-842.

<sup>57</sup> *Vid.*, por todas, las SSTS 1.<sup>a</sup> 200/2015, de 17 de abril; y 484/2018, de 11 de septiembre.

<sup>58</sup> *Vid.*, entre otras muchas, SSTS 2.<sup>a</sup> 365/2013, de 20 de marzo; 588/2014, de 25 de julio; 615/2015, de 15 de octubre; 526/2018, de 5 de noviembre; y 212/2019, de 23 de abril.

no está obligado al pago *definitivo* de la prestación en caso de dolo del asegurado (art. 19 LCS) y, al mismo tiempo, que la *exceptio doli* es inoponible al perjudicado (art. 76 LCS).

A los efectos que aquí interesan, la única duda que hoy cabe plantear al respecto es si la regla general de inoponibilidad al perjudicado de excepciones basadas en la cualidad de la conducta del asegurado rige también cuando quien resulta perjudicado *es el propio tomador del seguro*. Esta hipótesis reviste especial relevancia en el marco del seguro *D&O*, pues lo más frecuente en la práctica es que sea la sociedad en la que los administradores (asegurados) desempeñan sus funciones quien celebre el contrato (como tomadora), en interés de estos últimos. Si, como resulta habitual, el contrato de seguro (i) cubre también los daños causados por los administradores a la propia sociedad –la acción social de responsabilidad–, pero (ii) excluye expresamente la cobertura de los daños causados por conductas dolosas de los administradores<sup>59</sup>, y resulta que los administradores perjudican a la sociedad con un comportamiento doloso (por ejemplo, con una infracción dolosa de su deber de lealtad), se plantea la pregunta de si la sociedad –a la vez tomadora y perjudicada– puede beneficiarse, en su ejercicio de una acción directa contra la compañía aseguradora, del régimen de inoponibilidad de excepciones previsto en el artículo 76 LCS.

Esto fue precisamente lo que ocurrió en el conocido como «caso Banesto», resuelto en primera instancia por la SAN (Penal) 16/2000, de 31 de marzo, y en casación por la STS 2.ª 867/2002, de 29 de julio. El Banco Español de Crédito (Banesto) había suscrito con la compañía aseguradora «AGF La Unión y El Fénix» un seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de cuya cobertura quedaban expresamente excluidas «las reclamaciones causadas por el hecho de que el asegurado haya obtenido un beneficio o remuneración al cual no tenía derecho, aprovechándose de su cargo, aunque no haya incurrido en ninguna acción delictiva» (cláusula 4.1), así como las «surgidas de actos delictivos, que sean fraudulentos o dolosos, por parte del asegurado» (cláusula 4.6). Los administradores de Banesto cometieron varios delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad en documento mercantil de los que resultaron perjudicadas tanto la propia sociedad como el Fondo de Garantía de Depósitos, que había tenido que rescatarla, «asu-

<sup>59</sup> Esto es, como han señalado muchos autores, lo más habitual en la práctica; *vid.*, en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, pp. 408 s.; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 296-299; el mismo, *InDret*, (1), 2005, p. 24; el mismo, 2016, pp. 665 s., 672; GUERRERO LEBRÓN, 2004, pp. 189 s.; PÉREZ CARILLO, 2005, pp. 207 ss.; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 177-179; BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, p. 500.

miendo» –en sus propias palabras– los perjuicios causados a la entidad. Ambos reclamaron a la compañía aseguradora la indemnización de estos daños (art. 117 CP), pretensión que fue desestimada por la Sala de lo Penal de la AN. Consideró la Sala que tales daños se encontraban (válidamente) excluidos de cobertura por la cláusula 4.6 de la póliza y que tal exclusión debía serle oponible a Banesto, en la medida en que «en cuanto tomador del seguro, al mismo tiempo que perjudicado, conocía perfectamente estas cláusulas de exoneración y no puede razonablemente invocarse en este caso la especial tutela que al perjudicado brinda el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro»<sup>60</sup>.

El Fondo de Garantía de Depósitos recurrió en casación este pronunciamiento de la Audiencia, que la Sala 2.<sup>a</sup> del TS confirmó, con base en una argumentación que puede resumirse en dos ideas: (i) la de que el régimen de inoponibilidad de excepciones del artículo 76 LCS rige únicamente en el ámbito del seguro *obligatorio* de responsabilidad civil de automóviles, pero no en seguros voluntarios, y menos aún en seguros «de grandes riesgos»<sup>61</sup> como el de Banesto; y (ii) la de que, en todo caso, el Fondo de Garantía de Depósitos no sería uno de los «perjudicados por el delito» legitimados para reclamar la responsabilidad civil *en el proceso penal* (art. 110 LECrim), sin perjuicio del posible ejercicio por su parte de acciones civiles ulteriores<sup>62</sup>. Como hemos visto, la primera de estas ideas se encuentra, desde hace tiempo, completamente superada en la jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup><sup>63</sup>. En cuanto a la segunda, se refiere a una problemática ajena al objeto de este trabajo, en la que no podemos abundar<sup>64</sup>. Pero sí merece especial atención, a los efectos que aquí interesan, el argumento de la AN –ni respaldado, ni refutado expresamente por la Sala 2.<sup>a</sup> del TS– de acuerdo con el que lo dispuesto en el artículo 76 LCS no podría aplicarse al perjudicado que es a la vez *tomador* del seguro y que, en esta medida, ha *consentido* válidamente las exclusiones de cobertura contenidas en

<sup>60</sup> SAN (Penal) 16/2000, de 31 de marzo (FD 10.ºD).

<sup>61</sup> Son seguros de grandes riesgos los contemplados en el artículo 11 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en particular –en lo que aquí interesa– los seguros de responsabilidad civil cuyo tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: (i) activo total del balance: 6.200.000 euros; (ii) importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros; (iii) número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados. De acuerdo con el artículo 44, par. II LCS, tales seguros están dispensados del mandato general de imperatividad contenido en el artículo 2 LCS.

<sup>62</sup> STS 2.<sup>a</sup> 867/2002, de 29 de julio (FD 12.º).

<sup>63</sup> Todas las sentencias de la Sala citadas en la n. 58 se refieren a seguros *voluntarios* de responsabilidad civil.

<sup>64</sup> *Vid.*, por todos, ARNAIZ SERRANO, 2004, pp. 172-175.

la póliza (también las basadas en la particular gravedad de la conducta del asegurado)<sup>65</sup>.

Esta decisión ha sido objeto de críticas por parte de numerosos autores, que han aducido que la *exceptio doli* ha de resultar tan inoponible al tomador del seguro como a cualquier otro perjudicado por la conducta del asegurado: el artículo 76 LCS no distingue<sup>66</sup>. Muchos de ellos, sin embargo, matizan este reproche argumentando que, en cualquier caso, la AN y el TS habrían podido llegar a la misma conclusión por una vía más correcta: la de considerar oponible a Banesto –como a cualquier otro perjudicado– la exclusión de cobertura basada en la obtención de «beneficios ilícitos» por parte de los administradores (cláusula 4.1 de la póliza)<sup>67</sup>. Pero este razonamiento pierde gran parte de su fuerza persuasiva si se tiene en cuenta que, en la interpretación de este precepto que consideramos más correcta, el artículo 76 LCS no solo declara inoponible al perjudicado la *exceptio doli*, sino *todas* las exclusiones de cobertura basadas en las características de la conducta del asegurado<sup>68</sup>. Si se menciona específicamente el dolo de este último entre las «excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado» frente a las que se considera «inmune» la acción directa, ello se debe exclusivamente a que esta es la única de las exclusiones de cobertura de este tipo contemplada expresamente en la ley (art. 19 LCS). Por lo demás, parece razonable sostener que la obtención ilícita de beneficios contemplada en la cláusula 4.1 no era más que un *caso particular* de conducta dolosa que, de ser además constitutiva de delito, cabría también en la cláusula 4.6 que sirvió de base a las resoluciones de ambos tribunales<sup>69</sup>. En lo tocante a su oponibilidad al perjudicado, no existía base alguna, a nuestro modo de ver, para tratar de forma diferente una y otra cláusula de la póliza.

<sup>65</sup> Esta misma conclusión ha alcanzado más recientemente la AN en su auto (Penal) 58/2016, de 19 de febrero, sobre el conocido como «caso Abengoa». Habiéndose imputado a los administradores de esta sociedad la comisión contra ella, en lo que aquí interesa, de un delito de administración desleal, el JCI exigió a uno de ellos una fianza para cubrir las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de una eventual condena, e inadmitió su prestación por parte de la compañía aseguradora que había suscrito con la sociedad un seguro *D&O* (AJCI núm. 3, 125/2015, de 11 de enero de 2016). La AN confirmó esta decisión, aunque con base en argumentos diferentes –y más vinculados con el tenor de la concreta póliza suscrita en el caso– de los empleados en el «caso Banesto».

<sup>66</sup> *Vid.*, en este sentido, IRIBARREN BLANCO, 2005, p. 308; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 666.

<sup>67</sup> Así, p. ej., PÉREZ CARRILLO, *RDS*, (20-1), 2003, pp. 201 s.; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 306-308; el mismo, *ADC*, (7), 2006, n. 33 (p. 99); RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 666.

<sup>68</sup> *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, 1985, pp. 663-666; el mismo, 2010, pp. 1781-1785; PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 2002 s.; ELGUERO MERINO, 2017, pp. 1360-1364; VEIGA COPO, t. II, 2019, pp. 822-832.

<sup>69</sup> Así, SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, p. 409.

Descartada esta alternativa de fundamentación de las sentencias analizadas, el criterio de los tribunales podría, a nuestro juicio, considerarse razonable desde cierto punto de vista: si se asume la premisa –compartida, como vimos, por buena parte de la doctrina<sup>70</sup>– de que el artículo 76 LCS consagra una excepción ajena a la lógica del seguro *voluntario* de responsabilidad civil, tiene perfecto sentido sostener que, cuando se trata de esta clase de seguros, el precepto ha de ser objeto de una interpretación *restrictiva*. Sobre esta base, es plausible defender que, a efectos del régimen de oponibilidad de excepciones, donde el artículo 76 LCS habla de «perjudicado» se refiere únicamente a los *terceros* (al contrato) que padecen el daño, de manera que al tomador del seguro le serían oponibles las mismas excepciones que al propio asegurado<sup>71</sup>. Este razonamiento conduciría, sin embargo, a una conclusión ciertamente paradójica: de entre todos los perjudicados por la conducta del asegurado, la compañía aseguradora tendría menos obligaciones *precisamente* respecto del único que le paga primas a cambio de la cobertura del riesgo.

La única forma de deshacer la paradoja pasa por argumentar – como hizo, por cierto, la AN en el «caso Banesto»– que, si se protege menos al tomador respecto de otros perjudicados, ello se debe a que el primero (a diferencia de los segundos) ha *consentido* las exclusiones de cobertura previstas en la póliza, con base en las que, entre otros aspectos, se ha calculado la prima del seguro<sup>72</sup>. Y es que una compañía aseguradora que hipotéticamente se aviniera a cubrir el dolo del asegurado lo haría a cambio de una prima (mucho) más elevada. Pero este argumento solo opera con una condición: la de que la exclusión de cobertura del dolo del asegurado proclamada en el artículo 19 LCS tenga carácter *dispositivo*. Si, por el contrario, las partes no pueden (aunque quieran) pactar la cobertura de la mala fe del asegurado, entonces la eventual conformidad del tomador con la exclusión de dicha cobertura *no significará nada*: nadie pactaría una prima más baja por dejar de cubrir un riesgo que, de todas formas, *no puede asegurarse*.

Esto último nos conduce a la pregunta fundamental a la que trataremos de dar respuesta en este epígrafe: ¿regiría la exclusión de cobertura del dolo del asegurado declarada en el artículo 19 LCS

<sup>70</sup> Vid. n. 55.

<sup>71</sup> Desde este punto de vista, si la sociedad quisiera asegurarse frente al dolo de sus administradores, no debería emplear para ello un seguro de responsabilidad civil –seguro que, no ha de olvidarse, se contrata *en interés de estos últimos*, como asegurados–, sino a un *seguro de daños* del que ella misma fuera asegurada y que la protegiera de dicho riesgo; como quien, p. ej., contrata un seguro contra el robo para proteger su propiedad de eventuales sustracciones dolosas por parte de terceros (arts. 50-53 LCS).

<sup>72</sup> Cercano a esta línea, RONCERO SÁNCHEZ, 2002, p. 95; el mismo, *InDret*, (1), 2005, pp. 10 s.; el mismo, 2016, pp. 650 s.



incluso en caso de un hipotético pacto en contrario<sup>73</sup>? No se nos escapa que la relevancia de esta cuestión, al menos en las circunstancias actuales, es meramente *teórica*: la mayoría de las pólizas de seguro de responsabilidad civil de administradores societarios *excluyen expresamente* –con diferentes formulaciones– la cobertura de los daños derivados de conductas dolosas de los asegurados<sup>74</sup>. Abordarla puede, sin embargo, resultar de utilidad para despejar algunos equívocos que, a nuestro juicio, siguen dominando el debate sobre la responsabilidad civil por dolo y su aseguramiento. Por lo demás, no puede descartarse sin más la posibilidad de que, bajo determinadas condiciones<sup>75</sup>, una sociedad pueda tener interés en «blindar» a sus administradores frente a su eventual responsabilidad (civil) *incluso* por conductas dolosas y esté dispuesta a pagar por ello una prima *tan alta* que alguna compañía aseguradora se avenga a cubrir este riesgo, a pesar de la evidente dificultad de calcular estadísticamente la probabilidad de que se produzca un siniestro.

La doctrina defiende, sin embargo, de manera abrumadoramente mayoritaria, que cualquier pacto en este sentido sería *nulo*, por mucho que favoreciera al asegurado y aunque se adoptase en un seguro de grandes riesgos; una idea que, aunque de forma normalmente menos explícita, también parece latir bajo la mayoría de las resoluciones judiciales al respecto<sup>76</sup>. Los argumentos que se emplean para defender esta tesis son fundamentalmente dos, si bien, por las razones que en adelante expondremos, no nos resultan del todo convincentes.

El primero de los argumentos consiste en sostener que un eventual aseguramiento del dolo «desnaturalizaría» el contrato de seguro, al privarlo de la nota de *aleatoriedad* que le es inherente<sup>77</sup>. Esto,

<sup>73</sup> Este pacto sería, sin duda, una de las «cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado» respecto de las que no opera el mandato de imperatividad del artículo 2 LCS. Y de este mandato se excluyen, en cualquier caso, los seguros de grandes riesgos (*vid.* n. 61), categoría a la que suelen pertenecer en la práctica los seguros de responsabilidad civil de administradores societarios; así lo indican RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 71-75; el mismo, 2016, p. 648; IRIBARREN BLANCO, 2005, p. 33.

<sup>74</sup> *Vid.* n. 59.

<sup>75</sup> Piénsese, p. ej., en una sociedad interesada en «captar» administradores altamente prestigiosos –y, precisamente por ello, especialmente aversos al riesgo de responsabilidad– y que opera en ordenamientos jurídicos extraordinariamente «laxos» en cuanto a la apreciación del dolo; o en los que resulta frecuente calificar como dolosas-eventuales (y no como meramente imprudentes) las conductas de los administradores consistentes en la celebración de negocios de riesgo. Al respecto, *vid.* COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019, pp. 2-5.

<sup>76</sup> Sin ir más lejos, en su citada sentencia sobre el «caso Banesto» la Sala 2.<sup>a</sup> declara que «no puede incluirse válidamente en la cobertura de la responsabilidad civil la ocasionada por hechos delictivos fraudulentos o dolosos, aunque hayan sido aceptadas por el asegurador, ya que es un principio general no discutido el de la no asegurabilidad del dolo criminal, pues sería contrario a la moralidad y la ética que la gente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le puedan derivar de sus propios comportamientos delictivos» (STS 2.<sup>a</sup> 867/2002, de 29 de julio, FD 12.<sup>o</sup>).

<sup>77</sup> Así, p. ej., FONT RIBAS, 1999, p. 93; BADILLO ARIAS, 2017, pp. 470 s.; VEIGA COPO, t. I, 2019, pp. 58, 686.

sin embargo, parece desmentirlo, sin ir más lejos, la propia LCS, que sin duda permite celebrar seguros de daños que cubren el riesgo de lesión dolosa del interés asegurado: este es, por definición, el caso del seguro contra el robo (art. 50-53 LCS), y también el seguro de incendios cubre por defecto los daños causados «por malquerencia de extraños» (art. 48, par. I LCS). Puede, por supuesto, replicarse, que lo que elimina la aleatoriedad del seguro es solo la cobertura de conductas dolosas *del propio asegurado*, razonamiento que parece basarse en la idea de que para una de las partes (precisamente el asegurado) esta clase de conductas no son simplemente –como para la compañía aseguradora– un acontecimiento más o menos probable, sino una *certeza*, desde el momento en que decide ejecutarlas.

Frente a ello, no obstante, cabe aducir, al menos, dos argumentos. El primero se basa, de nuevo, en el Derecho positivo: ¿acaso deja de ser un seguro el seguro de vida, cuando, como dispone el artículo 93 LCS, cubre, salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado<sup>78</sup>? Pero es el segundo el que resulta, a nuestro juicio, más convincente. Y es que, a los efectos que aquí interesan, los comportamientos dolosos del asegurado son indistinguibles de los meramente imprudentes, e incluso de los perfectamente correctos. Desde la perspectiva de la compañía aseguradora, todos ellos son eventos aleatorios respecto de los que es posible, en todo momento, realizar un juicio de pronóstico sobre la *probabilidad* de que concurran, basado en la información (siempre limitada) que esté disponible. En efecto, la predicción del posible comportamiento doloso futuro de las personas no es imposible<sup>79</sup>; de hecho, existen instrumentos actuariales muy desarrollados capaces de estimar el riesgo de reincidencia de los autores de delitos con un alto grado de sensibilidad<sup>80</sup>. Por otra parte, desde el punto de vista del asegu-

<sup>78</sup> Máxime, entendiendo por «suicidio», como establece el mismo precepto, «la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado». No se nos escapa, sin embargo, que este argumento tiene una fuerza solo relativa: probablemente, la ley piensa en el suicida como una persona por hipótesis psicológicamente desequilibrada, cuyas decisiones «conscientes y voluntarias» son, por tanto, en cierto sentido, «más aleatorias» que las de un individuo normal.

<sup>79</sup> De hecho, de acuerdo con lo que señalan BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, p. 500, parece que uno de los factores que las compañías aseguradoras tienen en cuenta a la hora de decidir sobre la oferta de condiciones de un seguro *D&O* es, precisamente, la probabilidad de que los administradores de la sociedad tomadora lleven a cabo conductas «fraudulentas» contra la sociedad o contra terceros.

<sup>80</sup> *Vid.* MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, (2), 2014, pp. 33-36. Cosa bien distinta es que se encuentre justificado el uso de estos pronósticos de peligrosidad para decidir, p. ej., sobre la aplicación de medidas de seguridad penales o la concesión de beneficios penitenciarios; lo que resulta problemático tanto por el escaso valor predictivo positivo de los mencionados instrumentos (así, LA MISMA, *InDret*, (2), 2014, pp. 27-43; PUENTE RODRÍGUEZ, *RGDPr*, (47), 2019, p. 20; el mismo, 2020, pp. 135 s.), como –sobre todo– por razones normativas; *vid.*, en este sentido, MARTÍNEZ GARAY, 2019, pp. 169-192, 197-199; PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, *passim* (especialmente pp. 133-143).

rado, ello dependerá de que haya tomado ya o no la *resolución firme* de llevar a cabo la conducta en cuestión: si lo ha hecho, la concurrencia del hecho generador del daño será para él una *certeza*, ya se trate de una conducta dolosa, imprudente o sencillamente correcta respecto del siniestro; si no lo ha hecho –como normalmente será el caso en el momento de contratar el seguro–, el mismo hecho será, como para la aseguradora, una eventualidad más o menos *probable* (y, de nuevo, con independencia de que se trate o no de un comportamiento doloso). Resulta así que, dependiendo de la perspectiva que se adopte, habrá propiamente *alea* o no lo habrá, pero ello *no dependerá* en ningún caso del carácter doloso de la conducta del asegurado.

Por otro lado, el segundo y más frecuente de los argumentos con los que suele defenderse la inasegurabilidad del dolo consiste en afirmar la contrariedad al «orden público» (art. 1255 CC)<sup>81</sup> del aseguramiento de la mala fe del asegurado. Quienes defienden esta tesis suelen alinear lo dispuesto en el artículo 19 LCS con la prohibición de la renuncia (anticipada) a la exigencia de responsabilidad contractual por dolo declarada en el artículo 1102 CC –cuyo equivalente societario sería el citado artículo 230.1 LSC– y con la interdicción, establecida en el artículo 1256 CC de que «la validez y el cumplimiento de los contratos» se dejen «al arbitrio de uno de los contratantes». Bajo el razonamiento de estos autores subyace, en el mejor de los casos<sup>82</sup>, un argumento que ya nos resulta conocido, y no es otro que el del riesgo moral<sup>83</sup>: el aseguramiento de la responsabilidad civil por dolo, al igual que la renuncia anticipada a exigirla generaría *incentivos perversos* para el incumplimiento doloso de las obligaciones (y de ahí las prohibiciones legales citadas)<sup>84</sup>.

Frente a ello puede aducirse de nuevo, en primer lugar, que *asegurar no es exonerar*. En este sentido, cabe perfectamente defender que los artículos 1102 CC y 230.1 LSC, por un lado, y el artículo 1256 CC, por otro, responden a lógicas diferentes entre sí y –sobre todo, en lo que aquí interesa– distintas de la del artículo 19

<sup>81</sup> En la doctrina alemana, a las «buenas costumbres» (§138.1 BGB); *vid.* DREHER, *VersR*, (66), 2015, p. 789.

<sup>82</sup> Pues no faltan autores que se limitan a enunciarla, como si fuera una evidencia, sin dedicar una línea a fundamentarla; así, p. ej., SÁNCHEZ CALERO, 1984, p. 273; el mismo, 2010, p. 447; FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, 1998, *passim* (especialmente, pp. 70 s., 141-147); PÉREZ CARRILLO, 1999, p. 259; MONTÉS PENADÉS, 2007, p. 743; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 385 s.; BADILLO ARIAS, 2017, p. 465; VEIGA COPO, t. I, 2019, p. 58.

<sup>83</sup> *Vid.* el texto al que acompañan las nn. 29-31.

<sup>84</sup> Así, ya HEFT, *CLR*, (67), 1967, pp. 718-722; ALONSO SOTO, 1977, *passim* (especialmente, p. 337); y, más recientemente, IRIBARREN BLANCO, 2005, *passim* (especialmente, pp. 84 s., 94-96); SHARKEY, *Md. L. Rev.*, (64-1), 2005, *passim* (especialmente, 434-437, 451 s.); BAKER, 2009, pp. 66 ss., que, sin embargo, combina este argumento con otros de índole estrictamente moral (pp. 70 ss.).

LCS<sup>85</sup>. Así, puede afirmarse que lo que dota de sentido a los dos primeros preceptos es una suerte de presunción *iuris et de iure* de que ninguna de las partes que contrata en estas condiciones tiene realmente voluntad de obligarse<sup>86</sup>; y, en relación con el segundo, en palabras de la STS 1.<sup>a</sup> 406/2016, de 15 de junio (que suscribimos por completo) que

«con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si ‘las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos’, no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente [...] en el contrato mismo de que se trate» (FD 2.<sup>o</sup>).

Pero esta argumentación, por convincente que sea, vuelve a dejarnos inermes ante a la evidencia de que, *a los efectos del riesgo moral*, el aseguramiento de la responsabilidad y la renuncia anticipada a exigirla son idénticos. Frente a ello solo cabe, de nuevo, la refutación de dicho argumento. No obstante, en este punto, podemos simplemente remitirnos a lo señalado al respecto más arriba: las tesis defendidas con carácter general en relación con la responsabilidad civil en sentido estricto –la de que carece de función preventiva; y la de que, aunque la tuviera, la contratación de un seguro de responsabilidad civil, lejos de neutralizarla, podría, de hecho, coadyuvar a ella– valen exactamente igual para la responsabilidad civil por dolo<sup>87</sup>. Desde esta perspectiva, la solución vuelve a ser la misma: si hay razones para permitir el seguro de la culpa, las mismas razones existen para permitir el seguro del dolo.

Aún cabría, sin embargo, una última alternativa de fundamentación del carácter imperativo del artículo 19 LCS; un razonamiento que, aunque no suele aparecer de forma explícita en los análisis doctrinales de esta materia, en el fondo no es más que una suerte de «refinamiento» de los argumentos de la pérdida de aleatoriedad y del riesgo moral que acabamos de exponer. De acuerdo con esta lógica, lo que el precepto trataría de evitar a toda costa es que una persona *firmente resuelta a la causación de un daño* se asegura-

<sup>85</sup> Esto mismo sostiene, en relación con el Derecho alemán, DREHER, *VersR*, (66), 2015, pp. 784, 789.

<sup>86</sup> Los artículos 1102 CC y 230.1 LCS vendrían a ser, así, un equivalente funcional de la «*intention to create legal relations*» que el Derecho anglosajón requiere para la formación del contrato. *Vid.*, en sentido similar, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *AJUM*, (39), 2015, p. 57; LLEBOT MAJÓ, 2016, pp. 38 s.

<sup>87</sup> Parece sostener lo contrario (aunque no lo fundamenta en absoluto) SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, p. 399, para quien la responsabilidad civil por dolo, a diferencia de la responsabilidad civil por culpa, habría conservado una función sancionadora.

se frente a la responsabilidad de causarlo, *ocultando sus intenciones a la compañía aseguradora*, de manera que esta –estimando como meramente probable el acaecimiento de un daño en realidad cierto– le ofreciera cobertura a cambio de una prima muy inferior al importe de la responsabilidad: un auténtico *fraude* al seguro. Pero, al margen de que esta maniobra podría ser en sí misma constitutiva de un delito de estafa consumado o en grado de tentativa (art. 248 ss. CP), lo cierto es que para impedir sus perniciosos efectos *no es necesario prohibir el aseguramiento del dolo*; basta con una aplicación rigurosa de lo previsto en los artículos 10-12 LCS.

De acuerdo con estos preceptos, el tomador del seguro –y, en caso de que no coincida con el anterior, el asegurado– tienen la obligación de declarar al asegurador cualquier circunstancia capaz de influir al alza en la valoración del riesgo de que acaezca el siniestro, ya exista aquella al momento de contratar (art. 10 LCS) o sobrevenga durante la vigencia del seguro (arts. 11 LCS). El incumplimiento doloso de este deber *libera* a la compañía aseguradora de su prestación, permitiéndole retener las primas ya abonadas por el tomador (arts. 10 y 12 LCS). Pues bien, no cabe duda de que la intención –originaria o sobrevinida– del asegurado de causar el daño objeto del seguro es una circunstancia que agrava muy sustancialmente el riesgo asegurado, convirtiendo lo meramente probable en una auténtica *certeza*; por lo que, si no existiera el artículo 19 LCS, cabría esperar que cualquier asegurador incluyera una pregunta al respecto en el cuestionario al que se refiere el artículo 10 LCS<sup>88</sup>. Ninguna compañía aseguradora que conociera esta circunstancia consentiría cubrir el riesgo a cambio de una prima inferior al importe esperado del daño, por lo que, en tal caso, el seguro nunca llegaría a celebrarse. Y si, por el contrario, *se le ocultase dolosamente* esta información al asegurador, este quedaría, en cualquier caso, liberado. En definitiva, aunque es posible que una prohibición imperativa de aseguramiento del dolo sirva como instrumento para evitar fraudes como el que acaba de describirse, para este viaje –si se nos permite– no hacen faltan estas alforjas.

Como conclusión de todo lo anterior, parece que no existe ninguna razón decisiva para sostener que la exclusión de cobertura del dolo declarada en el artículo 19 LCS rige incluso en caso de pacto en contrario. Todo lo que puede aspirarse a conseguir con un artículo 19 imperativo, lo logran ya, sin necesidad de ningún mecanismo

---

<sup>88</sup> E incluiría, además, en el clausulado de la póliza un recordatorio de la obligación del asegurado de informar al asegurador en caso de dicha intención le sobreviniera con posterioridad a la celebración del contrato.

«antifraude» adicional, los artículos 10 y 12 LCS. De ahí que consideremos recomendable, *de lege ferenda*, la *supresión* del precepto o, al menos, la aclaración expresa de su carácter *dispositivo* en toda clase de seguros. En tanto esto no ocurra –y lo cierto es que, a la vista del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 8 de abril de 2011 (en adelante, APLCS), no parece que vaya a ocurrir pronto<sup>89</sup>–, sería aconsejable, a nuestro juicio, una *interpretación restrictiva* del artículo 19 LCS, limitando su aplicación a los supuestos de *dolo directo* (intención) del asegurado: los únicos en los que cabe plantearse la posibilidad de que se produzcan fraudes como los que acaban de describirse. Excluir imperativamente la posibilidad de asegurar el *dolo eventual* del asegurado solo puede perseguir finalidades que, de acuerdo con lo que hemos argumentado, son ajenas tanto al Derecho de daños como al propio Derecho de seguros<sup>90</sup>.

### 3. LAS PRETENSIONES REINTEGRADORAS DE DERECHOS SUBJETIVOS

El segundo de los grandes bloques de pretensiones que configuran lo que al comienzo del apartado 2 del trabajo hemos denominado «responsabilidad civil en sentido amplio» lo integran, como allí apuntamos, las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos. Aunque el análisis doctrinal de esta clase de pretensiones ha girado fundamentalmente en torno a derechos *absolutos* –como la propiedad (art. 33 CE), los derechos de propiedad intelectual e industrial (derechos de autor, patentes, marcas, etc.) o los derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, o los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE)–, lo cierto es que la *pretensión de cumplimiento* que funciona, en nuestro ordenamiento, como «remedio» más básico frente al incumplimiento de los derechos de crédito (art. 1088 CC) –así como las acciones a ella vinculadas de cesación, remoción y atribución, si procede, del *commodum representationis* (art. 1186 CC)– encajan perfectamen-

<sup>89</sup> A los efectos que aquí interesan, el documento se limita a reproducir la regulación actualmente vigente (*vid.* art. 20.1 APLCS).

<sup>90</sup> Esta es, de hecho, la interpretación mayoritaria en Alemania, donde la doctrina en ningún caso extiende la (supuesta) contrariedad a las «buenas costumbres» del aseguramiento del dolo (*vid.* n. 81) a los supuestos de dolo eventual; así, p. ej., DREHER, *VersR*, (66), 2015, pp. 783, 793. Una definición de dolo aparentemente restringida al dolo directo sostiene, a estos efectos, ALONSO SOTO, 1977, pp. 41 s., 317-320. En otros pasajes de la misma obra, sin embargo, el autor parece entender incluido en el concepto el dolo eventual; *vid.* n. 20 (p. 42), pp. 81 s.

te en esta categoría, como enseguida veremos, tanto desde el punto de vista estructural como funcional<sup>91</sup>.

La función de estas pretensiones es, como su propio nombre indica, la de *reintegrar* un derecho subjetivo que ha sido infringido: si la infracción de un derecho subjetivo supone siempre un «desajuste» entre el estado de cosas *real* y el que el ordenamiento jurídico *garantiza* al titular del derecho, las pretensiones reintegradoras tienden ni más ni menos que a «*reajustar*» ambos estados de cosas<sup>92</sup>. De este modo, la *mera infracción* de un derecho —la intromisión de otra persona en el ámbito protegido por un derecho absoluto o el incumplimiento de un derecho de crédito por parte del deudor—, con o sin culpa, y cause o no un daño a su titular (o al acreedor)<sup>93</sup>, hace nacer a favor de este último una pretensión frente al infractor para que reintegre el derecho afectado. Y, de acuerdo con la función de «reajuste» que la caracteriza, esta pretensión faculta al titular del derecho a exigir a quien lo infringe (i) que *cese* en la intromisión; (ii) que remueva sus efectos, de forma que se *restablezca* el estado de cosas lícito; y (iii) —en su caso— que le *restituya* aquello que, desde el punto de vista patrimonial, el ordenamiento jurídico le atribuía en exclusiva: el «contenido de atribución» (*Zuweisungsgehalt*) del derecho que el infractor le ha «usurpado» (aunque sea de buena fe).

El funcionamiento de esta clase de pretensiones toma como modelo la acción *reivindicatoria*. Si Ana es propietaria de un anillo de plata, que Beatriz le sustrae dolosamente y con ánimo de lucro (art. 234 CP), Ana tiene, como es evidente, derecho a que Beatriz le devuelva el anillo; derecho que puede exigir en el propio proceso penal en el que Beatriz sea condenada por un delito de hurto (arts. 110.1.º y 111 CP) o en un proceso civil ulterior (art. 348, par. II CC). Y el mismo derecho tiene Ana si Beatriz —encaprichada del anillo por razones sentimentales, pero no queriendo dejar a Ana con las manos vacías— se lleva el anillo de plata de Ana, abandonando en el mismo lugar un anillo de diamantes mucho más valioso con la intención de que esta lo haga suyo por ocupación (art. 609, par. I CC): la reivindicatoria, como todas las pretensiones de reintegración —y a diferencia de las de responsabilidad civil en sentido estricto— es independiente del *daño*. Pero supongamos, en tercer

<sup>91</sup> Así, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1043, 1047; BASOZABAL ARRUE, *RDC*, (7-3), 2020, pp. 27 s.; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a n. 33.

<sup>92</sup> *Vid.*, en este sentido, BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, p. 1280; el mismo, 1998, pp. 88 s.; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, p. 1175.

<sup>93</sup> Así, entre muchos otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 238; PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1972; el mismo, *Diario La Ley*, (2), 1996, *passim* (especialmente, pp. 3, 8); el mismo, *AFDUAM*, (4), 2000, p. 168; y en particular, respecto de la pretensión de cumplimiento contractual, el mismo, *ADC*, (44-3), 1991, p. 1046.

lugar, que tanto Ana como Beatriz son propietarias de sendos anillos de plata prácticamente indistinguibles entre sí, de manera que, al ir a recogerlos después de dejarlos sobre un lavabo para lavarse las manos, cada una se lleva por error (invencible) el anillo de la otra. ¿Acaso no tiene cada una, en cualquier caso, el derecho a exigir a la otra que le devuelva su anillo? La respuesta es obviamente que sí, y ello se debe a que la reivindicatoria –de nuevo, como todas las pretensiones reintegradoras– no solo es independiente del daño sino también de la *culpa* del infractor. Las pretensiones de reintegración de derechos no exigen otro criterio de imputación de la responsabilidad que la intromisión («objetiva») en el derecho protegido en cuestión.

Esta misma lógica puede aplicarse a todos los derechos absolutos, personales y patrimoniales, reconocidos por el ordenamiento. Y la misma independencia del daño (y de la culpa) ha de predicarse de las pretensiones reintegradoras de derechos *de crédito* vinculadas a la pretensión de cumplimiento. Así, si un administrador societario usa sin permiso, en su propio beneficio, los ficheros de datos personales de los clientes de la sociedad –incumpliendo así su deber *contractual* de lealtad frente a esta (art. 229.1.c LSC)–, la sociedad puede sin duda exigirle que cese inmediatamente en su conducta y que remueva, en su caso, los efectos generados por la infracción (ficheros adicionales de datos creados, publicidad sobre un negocio personal enviada a los clientes, etc.) sin necesidad alguna de probar que la conducta del administrador le ha causado un daño<sup>94</sup>.

*Todos* los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico se encuentran amparados por pretensiones de reintegración como las expuestas, que se «activan» con la *simple vulneración* del derecho y representan, por así decirlo, el núcleo mínimo de lo que supone ser titular de un derecho subjetivo. Pero los derechos subjetivos con contenido de atribución –aquellos que, desde el punto de vista patrimonial, garantizan a su titular un ámbito de aprovechamiento en exclusiva o, si se quiere, un «monopolio de explotación»<sup>95</sup>– son objeto de una forma de tutela reintegradora adicional, igualmente independiente de la culpa y del daño: la *restitutoria*. Este es el ámbito propiamente dicho de las acciones de «enriquecimiento injusto»,

<sup>94</sup> La concepción –aquí plenamente compartida– de las acciones sociales de cesación y remoción derivadas de la infracción por parte de los administradores de su deber de lealtad frente a la sociedad como manifestaciones de la pretensión de cumplimiento contractual ha sido defendida, entre otros, por MASSAGUER FUENTES, *RDM*, (313), 2019, texto junto a nn. 45, 49.

<sup>95</sup> Así, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, p. 252. Sobre el concepto de «contenido de atribución» como atributo de ciertos derechos subjetivos, *vid.* solo Basozabal Arrue, *ADC*, (3), 1997, p. 1267; el mismo, 1998, pp. 113-128; Vendrell Cervantes, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1129-1142, 1231.



«injustificado» o «sin causa» que, al menos en ordenamientos como el español –en el que la restitución de prestaciones derivada de la ineficacia contractual (arts. 1303-1308 y 1314 CC), la gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1888-1894 CC) y el cobro de lo indebido (arts. 1895-1901 CC) son objeto de una regulación específica– se ciñe a una sola pretensión reintegradora de derechos: la llamada «*condictio* por intromisión» (*Eingriffskondiktion*).

La propiedad proporciona, de nuevo, los ejemplos más claros para comprender el funcionamiento de esta institución. A estos efectos, supongamos que Ana toma sin permiso los aperos de labranza de Beatriz y los emplea para arar su propia finca. El que Beatriz sea propietaria de tales utensilios significa, entre otras cosas, que el ordenamiento le atribuye su explotación *en exclusiva*: solo Beatriz y las personas a las que ella autorice puede sacar rendimientos de ellos. Dicha autorización –o «licencia»– tiene, evidentemente, un precio: lo que cuesta alquilar unos aperos de labranza equivalentes en el mercado. Y este es, precisamente, el coste que se ha ahorrado Ana utilizando sin permiso los utensilios de Beatriz para arar su finca. De esta forma, Ana se ha enriquecido «usurpando» a Beatriz *algo que es suyo*, un valor que el ordenamiento jurídico, como propietaria, le atribuye en exclusiva: la licencia que, hipotéticamente, le habría tenido que abonar Ana por usar sus aperos de labranza, si esta le hubiera pedido permiso para hacerlo. Este es el objeto de la *condictio* por intromisión que Beatriz puede ejercitar frente a Ana para la *reintegración* de su derecho de propiedad. Y, como todas las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos, la *condictio* es totalmente independiente de la culpa y el daño<sup>96</sup>. Ana debe restituir a Beatriz la licencia hipotética de los aperos por mucho que los haya tomado de buena fe (por ejemplo, porque un error invencible la ha llevado a confundirlos con los suyos propios), y por mucho que con su conducta no haya causado a Beatriz daño alguno, ni siquiera en forma de lucro cesante (por ejemplo, porque esta no iba a darles ningún uso durante el tiempo en que los utilizó Ana y, de hecho, pensaba destruirlos esa misma tarde).

De nuevo, esta lógica puede extrapolarse fácilmente a derechos subjetivos más «espiritualizados», pero igualmente dotados de un contenido de atribución. De hecho, el ámbito de aplicación paradigmático de la *condictio* es el de los derechos de propiedad intelectual e industrial. En efecto, la infracción de una patente o de los derechos de autor sobre una obra –por poner dos ejemplos particu-

<sup>96</sup> *Vid.*, por todos, BASOZABAL ARRUE, 1998, pp. 94 s., 100 s; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 142-158, 167-168.

larmente claros— faculta *en todo caso* al titular a reclamar al infractor lo que este habría tenido que abonarle para la concesión de una licencia de explotación, por mucho que la intromisión en el derecho haya sido completamente inocente y de que su titular no haya sufrido ningún daño (o incluso se haya beneficiado)<sup>97</sup>. El derecho de este a la licencia hipotética es tan independiente de estos factores como lo es su derecho a exigir que la intromisión *cese* inmediatamente (art. 71.1.a LP, art. 138 LPI). Estos remedios *reintegradores* le corresponden por el simple hecho de que la patente o los derechos de autor en cuestión son *suyos* y el ordenamiento jurídico le garantiza su explotación en exclusiva.

Pero no solo los derechos absolutos de carácter patrimonial tienen un contenido de atribución amparable por medio de la *condictio*. Aunque este es el caso más habitual, lo mismo puede predicarse de algunos derechos de la personalidad, como la intimidad y la propia imagen, cuyo titular puede explotar económicamente en el mercado con carácter exclusivo (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en relación con el derecho al honor<sup>98</sup>). Y también existen, por último, algunos derechos de crédito de los que puede predicarse un funcionamiento al menos asimilable: las obligaciones de «entregar una cosa determinada», en las que la pérdida de la cosa *sin culpa* del deudor determina la extinción del crédito (art. 1182 CC), pero de tal modo que corresponden al acreedor —en lugar de su derecho a la entrega de la cosa (pretensión de cumplimiento)— «todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esta» (art. 1186 CC): el llamado «*commodum representationis*». Este es, precisamente, el contenido de atribución que el ordenamiento reconoce al titular del *ius ad rem*; contenido que al igual que los frutos de la cosa debida (art. 1095 CC), le corresponde desde el momento en que nace la obligación de entregarla. En este sentido, cuando el acreedor reclama el *commodum* al deudor, no hace más que ejercitar una pretensión *reintegradora* de su derecho de crédito, asimilable a la *condictio*, y que —por su propia naturale-

<sup>97</sup> *Vid.*, en este sentido, BASOZABAL ARRUE, 1998, pp. 94 s., 100 s. Proporciona un magnífico ejemplo de ello el famoso caso «Ariston», resuelto por el *Reichsgericht* alemán en su sentencia 8 de agosto de 1895 (*RGZ*, 35, pp. 63 ss.). Como relata BASOZABAL ARRUE, se trataba de un supuesto «en el que el demandado había utilizado composiciones musicales del demandante sin su permiso para su reproducción y difusión a través de un aparato musical mecánico, este sí, inventado y construido por el propio demandado». Sin embargo, «no existía un daño en el sentido de la teoría de la diferencia; por el contrario, el demandante y su obra habían ganado cierta popularidad gracias a la acción intromisiva» (*ADC*, (3), 1997, pp. 1264 s.). Este es, de hecho, el caso en el que tiene su origen la doctrina del método triple de cómputo del daño a la que hicimos referencia en la n. 35.

<sup>98</sup> Así, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007 pp. 253 s.; PANTALEÓN PRIETO, *Diario La Ley*, (2), 1996, n. 25; BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 172; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1149-1162, 1231. *Vid.*, en sentido similar, DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 119 s.

za— es tan independiente de la culpa y del daño como la pretensión de cumplimiento<sup>99</sup>.

La somera exposición del funcionamiento de la *condictio* por intromisión que acabamos de llevar a cabo permite llamar la atención sobre un elemento fundamental para distinguir esta pretensión de otras instituciones (señaladamente, del decomiso de ganancias): como pretensión *reintegradora* de derechos subjetivos que es, la función de la *condictio* es restituir al titular del derecho *lo que es suyo* (y nada más). En este sentido, a pesar de que la *condictio* por intromisión se estudia generalmente en el marco del Derecho del enriquecimiento injustificado, ni presupone la obtención de un *beneficio* por parte del infractor, ni faculta al titular del derecho infringido a apropiarse de *todas* las ganancias obtenidas por aquel como consecuencia de la intromisión<sup>100</sup>. Si un administrador societario, infringiendo su deber de lealtad (art. 229.1.c LSC) explota sin permiso, en su propio interés, una patente de la sociedad, esta tiene derecho a exigirle la licencia hipotética que habría tenido que abonar para explotarla lícitamente, *aunque el administrador lo haya hecho con pérdidas*. Cualquier otra solución permitiría a este último usurpar a la sociedad lo que es suyo —el contenido de atribución de su derecho de patente— ¡y además hacerlo a riesgo de esta última! Pero, por la misma lógica, si el infractor consigue explotar hábilmente la patente y obtener con ello pingües beneficios, la única parte de ellos que corresponderá a la sociedad *para la reintegración de su derecho de patente* será, de nuevo, la licencia hipotética. El resto del beneficio obtenido por el administrador es producto de su talento, no de algo que el ordenamiento atribuya a la sociedad en exclusiva, por lo que no tiene ningún sentido (desde el punto de vista de la lógica restitutoria) que esta última se lo apropie: si lo hiciera, ¡sería ella la que se enriqueciera injustamente!

Es importante, así pues, no confundir una pretensión reintegradora de derechos subjetivos como la *condictio* por intromisión con una forma diferente de «responsabilidad civil» (en sentido

<sup>99</sup> Vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1021 s., 1050; BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 181; el mismo, *RDC*, (7-3), 2020, pp. 27 s. La principal discusión al respecto continúa siendo la de si dicha pretensión permite al acreedor exigir también el llamado «*commodum ex negotiatione*»: el precio que el deudor hubiera obtenido de la venta a un tercero de la cosa debida. Un excelente resumen de las diferentes posiciones al respecto puede encontrarse en RUIZ ARRANZ, *ADC*, (71-4), 2018, pp. 1451-1457, que termina decantándose por la respuesta negativa.

<sup>100</sup> Así, entre otros, BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, pp. 1296-1298, 1296 s.; el mismo, 1998, pp. 89-93, 333 s.; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. pp. 1166-1191. *Cfr.*, en sentido contrario, GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, *passim*; y, de forma especialmente radical, GÓMEZ TOMILLO, 2012, pp. 57-59, 63 s., que llega a proponer, sobre esta base, que las ganancias decomisadas como consecuencia de la comisión de delitos contra bienes jurídicos individuales se atribuyan a la víctima del delito, en lugar de al Estado.

amplio) reconocida en nuestro ordenamiento, que legitima al titular de un derecho infringido a apropiarse de todos los *beneficios* obtenidos por el infractor a través de la intromisión. Así, por ejemplo, el artículo 9.2.d de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/82) adjudica al titular del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen infringido «el lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos»; una medida que, evidentemente, va mucho más allá de la restitución, en su caso<sup>101</sup>, del contenido de atribución de estos derechos de la personalidad. En la misma línea, el artículo 227.2 LSC dispone que «la infracción del deber de lealtad determinará [...] la obligación [...] de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador», cuando lo cierto es que la simple vulneración de ese deber –salvo, por supuesto, que se una a la infracción *adicional* de un derecho societario con contenido de atribución<sup>102</sup>– casi nunca supone la usurpación por parte del administrador de algo que legítimamente «pertenezca» a la sociedad<sup>103</sup>. Y lo mismo cabe decir, como veremos, de la obligación de quien recibe «por título lucrativo» efectos procedentes de un delito, en el que no ha intervenido como autor ni como partícipe, de «restituirlos» a las personas legitimadas, en su caso, para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal (art. 122 CP)<sup>104</sup>. Desde el punto de vista funcional, estas normas no tienen *nada que ver* con la devolución a los titulares de derechos subjetivos de lo que es suyo, sino que persiguen una finalidad inequívocamente *disuasoria*, al modo de un «deco-

<sup>101</sup> Pues el honor carece, como ya hemos visto, de contenido de atribución; *vid.* n. 98 y el texto al que acompaña.

<sup>102</sup> Como en el ejemplo antes examinado del administrador que explota sin permiso en su propio beneficio una patente de la sociedad.

<sup>103</sup> Así, MASSAGUER FUENTES, *RDM*, (313), 2019, texto junto a nn. 20-26; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 38-42. Pese a ello, no faltan autores que continúan calificando impropriamente esta pretensión como una «*condictio*» (RIBAS FERRER, 2011, p. 1624) o como una acción de «enriquecimiento injusto» (GALLEGO SÁNCHEZ, *ibid.*, pp. 1602-1607; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, *passim*). GALLEGO SÁNCHEZ aclara, sin embargo, que no se trata de una acción de enriquecimiento injusto «en sentido estricto», en la medida en que, a diferencia de esta última no requiere un empobrecimiento del demandante correlativo al enriquecimiento del demandado, ni es subsidiaria de la acción de daños (pp. 1603-1606); dos rasgos que, sin embargo, como hemos visto, en absoluto caracterizan a las acciones de enriquecimiento sin causa por antonomasia en el Derecho español: la *condictio* por intromisión.

<sup>104</sup> *Cfr.*, sin embargo, FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 149; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley*, (8667), 2015, p. 3, reflejando la opinión mayoritaria al respecto en la doctrina penalista. MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley*, (8231), 2014, llega a señalar, en este sentido, de forma ciertamente confusa, que el precepto responde al mismo tiempo «al viejo apotegma de que nadie debe enriquecerse en perjuicio del prójimo» y a la «nulidad de los negocios civiles por causa ilícita conforme a lo dispuesto en el artículo 1305 CC» (p. 1).

miso privado de ganancias»<sup>105</sup>. Dado su evidente paralelismo con esta institución jurídico-pública remitiremos su estudio –y el de su asegurabilidad– al apartado 6 de este trabajo.

En lo que respecta a las pretensiones de reintegración de derechos subjetivos propiamente tales, no creemos que exista obstáculo alguno para afirmar la licitud de su aseguramiento, ya sea mediante la cobertura de la propia deuda restitutoria (si es pecuniaria) o mediante la de los posibles gastos derivado de su cumplimiento (si no lo es). Dejando de lado la cuestión relativa a la posible cobertura del dolo del asegurado –respecto de la que cabe remitirse, *mutatis mutandis*, a todo lo señalado al respecto en el epígrafe 2.3 del trabajo–, lo cierto es que el seguro parece perfectamente compatible con la función de estas pretensiones que, como vimos, no es otra que la de *reajustar* el estado real de cosas a aquel que el ordenamiento jurídico garantiza al titular del derecho. De hecho, como sucedía en relación con los remedios indemnizatorios, el aseguramiento podría, incluso, contribuir *favorablemente* al cumplimiento de dicha función, transformando un juego de suma cero entre el titular del derecho y el infractor en uno de suma positiva: el titular del derecho obtiene una garantía de reintegración muy superior a la que le proporciona la solvencia del infractor; reintegración cuyo coste, en lugar de concentrarse en este último, se distribuye entre todos los pagadores de primas, minimizando la disrupción en la vida de cada uno que ello supone. Adicionalmente, por supuesto, la compañía aseguradora extrae un beneficio adicional de la operación.

El único argumento que podría aducirse en contra de esta tesis sería, de nuevo, el del riesgo moral: asegurar las pretensiones reintegradoras (o los gastos derivados de su cumplimiento) las priva de toda posible eficacia preventiva. Pero en el ámbito de las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos la *inexistencia de una función preventiva* es, si cabe, aún más clara que en el de las indemnizatorias. Para entender por qué, no hay más que reparar en que la medida ordinaria de la *condictio* por intromisión es, como hemos explicado, la licencia hipotética que el infractor habría tenido que pagar al titular del derecho para explotar este último lícitamente. Siendo esto así, si no existieran mecanismos disuasorios adicionales vinculados a la infracción –penas, sanciones administrativas, decomiso de ganancias– nadie se gastaría un euro en pagar licen-

<sup>105</sup> Así, GÓMEZ TOMILLO, 2012, pp. 56 s., 64; respecto del artículo 9.2.d LO 1/82, MARTÍN CASALS, 1989, pp. 1272 s.; PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1972 s.; DE COSSIO, 1993, p. 75; DEL OLMO GARCÍA, 2009, p. 143; DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 109, 114; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1168-1173; y, en relación con el artículo 227.2 LSC, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *AJUM*, (39), 2015, pp. 45, 62-64; LLEBOT MAJÓ, 2016, p. 50; MASSAGUER FUENTES, *RDM*, (313), 2019, texto junto a nn. 33 s.; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 43-49, 85.

cias de explotación de derechos ajenos: cualquier operador racional infringiría el derecho sin más confiando en la probabilidad (por mínima que fuera) de no ser detectado y ahorrarse los correspondientes costes. ¡A nadie se le ocurriría diseñar así un instrumento de prevención de infracciones! Si esto se suma al hecho de que las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos –como las indemnizatorias– se encuentran sometidas al principio dispositivo y no dependen en absoluto de la gravedad de la conducta del infractor, la conclusión parece evidente: el seguro no puede privar a esta clase de pretensiones de una eficacia disuasoria de la que, a todas luces, carece.

Por todo ello, a nuestro juicio, podrían perfectamente ser objeto de un seguro *D&O* las *condiciones* entabladas contra los administradores como consecuencia de la infracción por su parte, en el ejercicio de su cargo, de *derechos subjetivos con contenido de atribución* –patentes, derechos de autor, derechos de imagen, etc.– pertenecientes a la propia sociedad o a terceros. Y tampoco plantearía problema alguno, en fin, la cobertura de los gastos que pudiera suponer para los administradores la satisfacción de las medidas de *cesación* o *remoción* de efectos que les fueran eventualmente impuestas en aras del cumplimiento de sus deberes (contractuales) para con la sociedad.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SOCIALES

Los administradores de sociedades de capital están sujetos, además, a una forma de responsabilidad civil (en sentido amplio) cuya lógica no puede reconducirse a las que acabamos de examinar: ni a la indemnizatoria, ni a la reintegradora de derechos, ni a la disuasoria que –como veremos– subyace a los «decomisos privados de ganancias» mencionados en el apartado anterior. El ejemplo paradigmático de esta clase de pretensiones es la forma de responsabilidad reconocida actualmente en los artículos 360.1.b y 367 LSC<sup>106</sup>. Ambos preceptos tienen la misma estructura: el incumpli-

---

<sup>106</sup> Pese a lo que han sostenido autores como SÁEZ LACAVE, 2011, p. 437, el artículo 36 LSC no recoge un supuesto de responsabilidad de los administradores (y los socios fundadores) por deudas de la sociedad en formación –en cuyo caso, debería ser analizada en este epígrafe–, sino uno de responsabilidad de estos sujetos *por sus propias deudas*. En efecto, como se desprende claramente de una interpretación conjunta de los artículos 36 y 37 LSC, la sociedad en formación *únicamente* queda vinculada por los actos y contratos celebrados en su nombre «para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios» (art. 37 LSC). Si las personas mencionadas celebran

miento por parte de los administradores de un deber legal orientado a la protección de los acreedores sociales los convierte en «fiadores solidarios *ex lege*» de ciertas deudas *de la sociedad*. Los administradores responden de estas deudas solidariamente entre sí y con la propia sociedad, pudiendo posteriormente ejercitar contra esta última una acción de *reembolso* por lo abonado (en su caso) a los acreedores sociales<sup>107</sup>.

El artículo 360.1.b LSC se refiere a un supuesto ciertamente infrecuente: la reducción del capital social por debajo del mínimo legal *como consecuencia del cumplimiento de una ley*. En este caso, los administradores tienen el plazo de un año para instar la adopción e inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo por el que la sociedad (a) se disuelva; (b) se transforme en otro tipo societario a cuyas exigencias legales de capital se ajuste (o que no las tenga en absoluto); o (c) aumente su capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Si incumplen este deber, la sociedad queda disuelta *de pleno derecho* y los administradores responden solidariamente entre sí y con la sociedad «de las deudas sociales». El precepto no aclara si esta responsabilidad se extiende a *todas* estas deudas o solo a las contraídas por la sociedad *con posterioridad* a la reducción del capital por debajo del mínimo. La segunda de estas interpretaciones es, sin embargo, como enseguida argumentaremos, la que mejor se coherencia con la lógica que subyace tanto a este precepto como al artículo 367 LSC.

Este último artículo se ocupa, por su parte, de las situaciones —mucho más frecuentes en la práctica— en las que la sociedad se encuentra inmersa en alguna de las causas legales de disolución enumeradas en el artículo 363 LSC. Si esto ocurre, la ley concede a los administradores un plazo de dos meses para *convocar una junta general*, que a su vez deberá acordar (a) que se solicite la declaración de concurso, en caso de la sociedad sea insolvente; (b) lo que resulte procedente para remover la causa de disolución, siempre que la medida conste en el orden del día de la junta; o (c)

---

actos o contratos en nombre de la sociedad en formación *fuera* de estos supuestos actuarán como el mandatario que, al «traspasar los límites del mandato», se vuelve «*responsable personalmente* a la parte con quien contrata» (art. 1725 CC). Esto es, precisamente, lo que para el ámbito societario establece el artículo 36 LSC. *Vid.*, en esta línea (en relación con el antiguo art. 15.1 de la Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; en adelante, LSA), PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (46-1), 1993, pp. 49-52.

<sup>107</sup> A pesar de que esta acción de reembolso no se encuentra reconocida expresamente en la normativa societaria, la doctrina prácticamente unánime afirma su existencia; así, p. ej., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1999, p. 19; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *ibid.*, p. 65; CASADO CASADO, 2009, p. 117; BATALLER GRAU, 2011, pp. 2576 s.; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 320, 330. De hecho, su reconocimiento bien podría basarse en una aplicación analógica de lo dispuesto para la fianza en el artículo 1839, par. I CC.

la disolución de la sociedad (art. 365 LSC). Si, convocada la junta, esta no llega a constituirse, los administradores tienen otros dos meses desde la fecha en la que estuviera prevista su celebración para solicitar ellos mismos la *disolución judicial* de la sociedad o el *concurso*; cosa que también deben hacer –aunque, esta vez, en el plazo de dos meses desde la celebración de la junta– si, constituida esta, no adoptara ninguno de los acuerdos mencionados (art. 366 LSC). De acuerdo con el artículo 367 LSC, el incumplimiento por parte de los administradores de cualquiera de estos deberes los convierte en responsables solidarios «de las obligaciones sociales *posteriores* al acaecimiento de la causa legal de disolución»<sup>108</sup>.

A diferencia de lo que sucede en relación con la responsabilidad de los administradores prevista en el artículo 456 TRLC (antiguo art. 172 bis LC), la doctrina iusprivatista y la jurisprudencia rechazan de forma prácticamente unánime que la contemplada en el artículo 367 LSC tenga carácter indemnizatorio<sup>109</sup>; un diagnóstico que –dada su práctica identidad estructural– seguramente quepa predicar también de la responsabilidad *ex* artículo 360.1.b LSC<sup>110</sup>. La total independencia respecto de la causación de un daño, tanto en el *an* (exclusivamente condicionado por la infracción del deber) como en el *quantum* (siempre en función del volumen de las deudas sociales por las que se responde), avalarían, en efecto, la concepción de esta institución como una responsabilidad *por deuda ajena, en garantía* de los derechos de los acreedores sociales: las

<sup>108</sup> Los antecedentes inmediatos del artículo 367 LSC son los artículos 262.5 LSA y 105 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), en la redacción que les dieron, respectivamente, las Disposiciones finales primera y segunda de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Con anterioridad a esta reforma, los mencionados preceptos establecían, para los mismos supuestos, la responsabilidad de los administradores por *todas* las deudas sociales, como lo hacía también el artículo 108 LSRL para los casos ahora recogidos en el artículo 360.1.b LSC. Probablemente, el hecho de que este último artículo siga sin establecer expresamente que la responsabilidad de los administradores se ciñe –como la que les impone el artículo 367 LSC– a las deudas sociales *posteriores* al acaecimiento de la causa de disolución (aquí, a la reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley) se deba, sencillamente, al descuido del legislador al no llevar a cabo una reforma del artículo 108 LSRL paralela a la que se operó respecto de los artículos 262.5 LSA y 105 LSRL, generando así una asimetría difícilmente justificable entre ambos regímenes que se ha mantenido hasta la actualidad. En este sentido, BATALLER GRAU, 2011, p. 2539, defiende –acertadamente, a nuestro juicio– la necesidad de aplicar por analogía esta restricción a la responsabilidad prevista en el artículo 360.1.b LSC.

<sup>109</sup> *Vid.*, por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, p. 19; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *ibid.*, *passim* (especialmente, pp. 50-53, 66); ALONSO UREBA, 2004, pp. 1446-1448; IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, pp. 1468 s.; MAMBRILLA RIVERA, 2004, pp. 2858-2860; QUIJANO GONZÁLEZ, 2011, p. 1692; BATALLER GRAU, 2011, pp. 2575 s.; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 298, 319-330; RONCERO SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 667. *Cfr.*, no obstante, CASADO CASADO, 2009, pp. 112-120.

<sup>110</sup> Así, expresamente, BATALLER GRAU, 2011, p. 2539; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, p. 300.



obligaciones a las que tienen que hacer frente los administradores no son suyas, sino de la sociedad, razón por la que –como si fueran sus fiadores– tienen frente a ella una acción de regreso por el importe de lo abonado. Se trataría, así, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS,

«de una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*, en cuanto [...] se funda en el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social, al que se anuda, como consecuencia, la responsabilidad solidaria de ese administrador por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Con lo que se pretende garantizar los derechos de los acreedores»<sup>111</sup>.

La lógica por la que se rige esta forma de responsabilidad es, en efecto, muy simple. La existencia de una serie de causas legales de disolución de las sociedades de capital persigue el objetivo de que estas no puedan continuar operando en el tráfico en circunstancias que ponen en *peligro* su solvencia y, por consiguiente, los derechos de sus acreedores. Este riesgo acentuado puede deberse a la incapacidad de la sociedad de generar nuevos ingresos por no poder esta seguir desarrollando su actividad, o no estar haciéndolo *de facto* (art. 363.1.a-d LSC); pero responde, sobre todo, a su interés en seguir desarrollando tal actividad pese a tener una cifra de capital inferior a la legalmente permitida para el tipo societario de que se trate (arts. 360.1.b y 363.1.f LSC) o una que el patrimonio neto de la sociedad –debido a la existencia de pérdidas– no llega siquiera a cubrir hasta la mitad (art. 363.1.e LSC)<sup>112</sup>. Cuando se dan estas circunstancias, la ley *protege a los acreedores sociales*, asegurándose de que, o bien los administradores cumplen sus deberes y desaparece el especial peligro para sus créditos (la sociedad entra en concurso, hace desaparecer la causa de disolución o se disuelve), o bien aquellos *garantizan con su propio patrimonio* cada nueva deuda que contraigan en nombre de la sociedad, supliendo en esta función a una disciplina de capital que –precisamente porque concurre la causa legal de disolución– ya no puede cumplirla.

De esta concepción de la *ratio* de los artículos 360.1.b y 367 LSC deberían derivarse, en buena lógica, dos corolarios. El primero, como vimos, ya lo ha recogido expresamente el segundo de

<sup>111</sup> STS 1.<sup>a</sup> 420/2019, de 15 de julio (FD 3.<sup>o</sup>). *Vid.*, en el mismo sentido, las SSTs 1.<sup>a</sup> 124/2010, de 12 de marzo; 360/2012, de 13 de junio; 650/2017, de 29 de noviembre; 601/2019, de 8 de noviembre; y 5/2020, de 8 de enero.

<sup>112</sup> De hecho, algunos autores sostienen –posiblemente con razón– que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales solo adquiere verdadero sentido en este segundo grupo de supuestos: aquellos en que la disciplina de capital no puede desempeñar su función de garantía patrimonial ante los terceros que contratan con la sociedad. *Vid.*, en esta línea, BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 291, 300.

los preceptos, y consiste en la limitación de la responsabilidad de los administradores a las deudas sociales *posteriores* al acaecimiento de la causa de disolución. Y es que, en palabras de la STS 1.<sup>a</sup> 601/2019, de 8 de noviembre, «[l]a justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo generado para los acreedores *posteriores* que han *contratado* sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago» (FD 2.º, énfasis añadido). Pero si esto es así, de ello debería seguirse un segundo corolario: que la responsabilidad se restringiera a las deudas *contractuales* contraídas por la sociedad en el desarrollo del objeto social; un matiz que, sin embargo, no suele introducirse en las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de estos preceptos.

Sea como fuere, lo cierto es que la perspectiva que acaba de exponerse permite apreciar un evidente paralelismo entre la institución estudiada y la responsabilidad de los administradores societarios por deudas *tributarias* de la sociedad prevista en los artículos 42.1.a (responsabilidad solidaria) y 43.1.a y b LGT (responsabilidad subsidiaria). Dejando a salvo la parte en que esta responsabilidad se extiende a las *sanciones* –parte respecto de la que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cabría afirmar también una naturaleza administrativo-sancionadora<sup>113</sup> y para cuyo tratamiento nos remitimos, por tanto, al apartado 5 del trabajo– y obviando las diferencias entre el régimen de responsabilidad societario y el tributario que marca, como no podría ser de otra manera, la naturaleza *jurídico-pública* de este último<sup>114</sup>, las similitudes entre uno y otro son innegables: también aquí, el incumplimiento por parte de los administradores de un deber legal establecido en beneficio de los derechos de los acreedores (en este caso, Hacienda) los convierte en «fiadores *ex lege*»<sup>115</sup> de ciertas deudas *de la sociedad* (aquí, de la deuda tributaria, en el sentido del art. 58 LGT), con la correspondiente *acción de regreso* contra esta última por lo pagado, reconocida expresamente en el artículo 41.6 LGT. De hecho, la simetría entre ambas instituciones no le ha pasado desapercibida a la Sala 3.<sup>a</sup> del TS, que la ha hecho notar en algunas de

<sup>113</sup> SSTC 146/1994, de 12 de mayo; y 85/2006, de 27 de marzo. En la doctrina, *vid.*, por todos, SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, pp. 69, 74 s.

<sup>114</sup> Sobre ellas, *vid.* SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, p. 70.

<sup>115</sup> Según el caso de que se trate, solidarios o subsidiarios, siendo la diferencia fundamental entre ambos regímenes la necesidad de declarar fallido al deudor principal antes de reclamar lo adeudado al responsable subsidiario, cosa que no requiere la exigencia de responsabilidad solidaria (arts. 174-176 LGT); *vid.*, en este sentido, SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, p. 73; VILLAR EZCURRA, 2016, pp. 586 s. El paralelismo con la institución de la fianza es muy claro: el responsable solidario no es otra cosa que un fiador solidario *ex lege* de la deuda tributaria, mientras que el subsidiario goza del equivalente jurídico-público del beneficio de excusión previsto en el artículo 1830 CC.

sus sentencias<sup>116</sup>; una estela que ha seguido, recientemente, la Sala 1.<sup>a</sup> en su sentencia 316/2020, de 17 de junio.

En el caso de los artículos 42.1.a y 43.1.a LGT, la responsabilidad de los administradores presupone, bien su colaboración activa en la comisión de una *infracción* tributaria por parte de la sociedad (responsabilidad solidaria), o bien su omisión de impedir que esta se produzca (responsabilidad subsidiaria). Por su parte, el supuesto de responsabilidad subsidiaria contemplado en el artículo 43.1.b LGT exige que el administrador de una sociedad que deja *de facto* de tener actividad –pero no se disuelve, dando lugar con ello a la sucesión en la deuda tributaria regulada prevista en el artículo 40 LGT– *se desentienda* de las deudas tributarias pendientes en el momento del cese, en lugar de hacer todo lo posible por propiciar su pago por parte de la sociedad<sup>117</sup>. En ambos supuestos, la lógica vuelve a ser muy clara: si los administradores *dificultan el cobro* de los créditos tributarios que la Hacienda Pública tiene frente a la sociedad, han de «facilitarlo», a la vez, con la garantía de su propio patrimonio. El fundamento de esta responsabilidad es diferente del de la prevista en los artículos 360.1.b y 367 LSC (obstaculización del cobro de créditos preexistentes *versus* contratación en nombre de la sociedad sin garantías suficientes de pago), pero ambas comparten la misma *finalidad*: también la tributaria es una responsabilidad *por deuda ajena en garantía* de los derechos de los acreedores, y así lo ha reconocido tanto la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS<sup>118</sup> como la doctrina fiscalista prácticamente unánime<sup>119</sup>.

Si se acoge la concepción que acaba de presentarse, la responsabilidad de los administradores societarios por deudas sociales –tanto en su variante societaria, como en la tributaria<sup>120</sup>– debería ser asegurable. Y es que no hay una finalidad a la que el seguro de responsabilidad civil contribuya más *favorablemente* que aquella que constituye la función de estas dos formas de responsabilidad por deuda ajena: la garantía de los derechos de los acreedores<sup>121</sup>. Cuando un seguro *D&O* cubre la responsabilidad de los adminis-

<sup>116</sup> *Vid.*, p. ej., las STSS 3.<sup>a</sup> de 22 de septiembre de 2008 (rec. núm. 40/2004) y 88/2017, de 24 de enero.

<sup>117</sup> Así, MERINO JARA, *AFDUPV*, (24), 2006, pp. 31 s.; SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (215), 2015, pp. 57 s.; VILLAR EZCURRA, 2016, pp. 618 s.

<sup>118</sup> *Vid.*, por todas, las SSTs 3.<sup>a</sup> de 15 de diciembre de 2011 (rec. núm. 5748/2008); y de 10 de febrero de 2014 (rec. núm. 377/2009).

<sup>119</sup> Así, entre otros, SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, pp. 67-69; VILLAR EZCURRA, 2016, pp. 577 s.

<sup>120</sup> Excluyendo siempre –por las razones detalladas en el texto que acompaña a la n. 113– la parte en la que esta se extiende a las sanciones, cuya asegurabilidad analizaremos en el apartado 5 del trabajo.

<sup>121</sup> Así, IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, pp. 1468 s.; el mismo, 2005, pp. 169-170; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 374 s.

tradores por deudas de la sociedad, los acreedores sociales pasan a ver respaldados sus créditos por el patrimonio social, el personal de los administradores y la suma asegurada en la póliza, lo que (salvo en supuestos muy excepcionales) permitirá prácticamente descartar el riesgo de impago.

Aunque en el ámbito tributario no se ha planteado, que nos conste, la discusión sobre la asegurabilidad de la responsabilidad *ex* artículos 42 y 43 LGT, casi todos los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre ella parecen implícitamente tendentes a afirmarla, teniendo en cuenta el enorme esfuerzo desplegado, en este ámbito, para *alejarse* lo más posible la responsabilidad tributaria –salvo, de nuevo, en la parte que se extiende a las sanciones– de la lógica (¡y las garantías!) del Derecho administrativo-sancionador. En esta línea se ha pronunciado muy claramente la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, que, en su reciente sentencia 58/2019, de 29 de enero, no solo ha declarado asegurable la responsabilidad tributaria de los administradores societarios, sino que la ha considerado parte del «contenido natural» del seguro *D&O*<sup>122</sup>. Esta conclusión debería, a nuestro juicio, hacerse extensiva –*a fortiori*, incluso– a la modalidad societaria de responsabilidad por deuda ajena prevista en los artículos 360.1.b y 367 LSC, y así lo ha afirmado también, mayoritariamente, la doctrina mercantilista<sup>123</sup>.

No obstante, el principal argumento en contra de la posibilidad de incluir la cobertura de esta forma de responsabilidad en una póliza *D&O* podría venir –paradójicamente– de la calificación *por parte de estos mismos autores* de la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC como una «responsabilidad-sanción»<sup>124</sup>, una «sanción civil»<sup>125</sup> o, incluso, una «pena civil»<sup>126</sup>. No cabe, ciertamente, desconocer que estas expresiones se emplean, las más de las veces, en un sentido *impropio*, con la simple finalidad de oponer la responsabilidad por deuda ajena a la responsabilidad civil en sentido estricto-

<sup>122</sup> De manera que la exclusión de su cobertura, al «restringir de forma sorprendente» el ámbito de este seguro, requiere la aceptación expresa del tomador mediante su firma, conforme al artículo 3 LCS.

<sup>123</sup> *Vid.*, en este sentido, PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 245, 256 s., 286; SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, p. 411; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 239-243; el mismo, *InDret*, (1), 2005, p. 20; el mismo, 2016, p. 667; IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, pp. 1468 s.; el mismo, 2005, pp. 169 s.; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, p. 384. Deja abierta la cuestión, en cambio, GUERRERO LEBRÓN, 2004, p. 175 s.

<sup>124</sup> Así, entre otros, PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 158-164; CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 983; MAMBRILLA RIVERA, 2004, pp. 2858-2860; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2005, p. 665; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 667.

<sup>125</sup> *Vid.*, por todos, PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 158-164; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 242 s.; CASADO CASADO, 2009, pp. 100 s.; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, p. 384; BATALLER GRAU, 2011, p. 2575; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 298, 319-330.

<sup>126</sup> Así, p. ej., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 1999, pp. 48 s., 53, 62-66; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 298, 319-330.

to, de carácter indemnizatorio, con la que no tiene nada en común desde el punto de vista estructural ni funcional<sup>127</sup>. Este es un recurso lingüístico sumamente perturbador para el desarrollo de una construcción dogmática fina<sup>128</sup>, pero al fin y al cabo inocuo desde el punto de vista práctico. El problema es más serio cuando, como a veces sucede, a la calificación de esta forma de responsabilidad como «sanción» se le añade la atribución del carácter intencionalmente aflictivo y la función preventivo-punitiva que, como veremos, caracteriza a las sanciones en sentido estricto. En este sentido, ha llegado a afirmarse que, aunque la responsabilidad actualmente prevista en el artículo 367 LSC, en la práctica,

«[s]e utiliza para asegurar el cobro del crédito social, [...] esta no es la finalidad del precepto. El precepto tiene la finalidad de proteger el tráfico mercantil en general, evitar situaciones de disolución social de hecho, con la inseguridad y desprotección que ello provoca respecto del que contrata sin conocer la situación económica de dificultad por la que atraviesa la sociedad. Con la práctica judicial se está consiguiendo, entonces, un resultado que no pretendía el precepto»<sup>129</sup>.

La jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS no ha tardado en distanciarse nítidamente de esta última tesis<sup>130</sup>. Y lo ha hecho, según creemos, con buen criterio, pues, si la responsabilidad por deuda ajena estuviera orientada a cumplir una finalidad preventivo-punitiva (o siquiera meramente disuasoria) ningún legislador racional la habría dotado de las características que presenta. En este ámbito, a los rasgos estructurales de esta forma de responsabilidad, comunes a los de las dos anteriores, que la inhabilitan para desempeñar una función preventiva –su sujeción al principio dispositivo, al menos en su variante societaria; y su total independencia de la gravedad de la conducta que la desencadena, en la medida en que su volumen se corresponde con el de las deudas a las que se extiende– se suma uno, si cabe, aún más elocuente: la posibilidad de los

<sup>127</sup> Así precisamente aclara la STS 1.<sup>a</sup> 417/2006, de 28 de abril, el uso de tales expresiones en sentencias anteriores de la Sala.

<sup>128</sup> Que el cuerpo de este trabajo tenga cinco apartados y no solo dos es la mejor muestra de que el mundo de la responsabilidad jurídica no se divide exclusivamente en «indemnizaciones» (resarcitorias) y «sanciones» (preventivo-punitivas).

<sup>129</sup> CASADO CASADO, 2009, p. 100; conclusión que la autora matiza, respecto de la redacción dada al artículo 262.5 LSA en 2005 por la LSAE, señalando que, a partir de ese momento, la responsabilidad de los administradores por deudas sociales contemplada en el precepto –sin perder su naturaleza sancionadora– habría adquirido, adicionalmente, un cierto carácter resarcitorio (pp. 112-120), convirtiéndose, de este modo, en «una figura más bien 'sui generis'» (p. 269). En sentido similar, se pronuncia GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2016, p. 419; y, aunque de forma más matizada RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 242 s.

<sup>130</sup> Así, p. ej., las SSTS 1.<sup>a</sup> 923/2011, de 26 de noviembre; 590/2013, de 15 de octubre; 367/2014, de 10 julio; y 246/2015, de 14 mayo.

administradores de recuperar de la sociedad, en vía de regreso, lo pagado a los acreedores sociales. ¿Dónde se ha visto una sanción (en sentido estricto) cuyo carácter personalmente aflictivo para el infractor sea, al menos en principio, meramente *provisional*<sup>131</sup>?

Todo ello demuestra, a nuestro juicio, que, si bien existe un indudable interés público en reforzar con mecanismos preventivo-punitivos los deberes de los administradores societarios que protegen los intereses de los acreedores sociales, de esta función se encargan instrumentos –penas, sanciones administrativas, decomiso de ganancias– configurados para cumplirla de la forma más idónea posible. Como veremos en los siguientes apartados del trabajo, esto es precisamente lo que explica que el aseguramiento de estas formas de responsabilidad deba considerarse contrario al orden público (art. 1255 CC). Pero no hay ninguna razón para afirmar lo mismo de la responsabilidad societaria o tributaria de los administradores por deudas de la sociedad en garantía de los derechos de los acreedores sociales; una forma de responsabilidad cuya función, como hemos argumentado, no puede sino verse *favorecida* por la cobertura de un seguro.

## 5. LA ASEGURABILIDAD DE LAS SANCIONES

### 5.1 INTRODUCCIÓN

Aunque la pregunta sobre la posibilidad de asegurar sanciones no es nueva<sup>132</sup>, esta cobra en los últimos tiempos un creciente interés. De hecho, son muchas ya las pólizas comercializadas en el mercado español de seguros *D&O* que extienden su cobertura al menoscabo patrimonial que sufre el administrador fruto de la imposición de una sanción administrativa. Asimismo, existe un creciente sector doctrinal que, apartándose de la máxima clásica de la inasegurabilidad de las sanciones (públicas), brinda sostén teórico a esta praxis, como mínimo cuando se trata del aseguramiento de cierta clase de sanciones administrativas impuestas por infracciones negligentes<sup>133</sup>. Así las cosas, tampoco puede sorprender que en los últimos tiempos se haya comenzado a quebrar asimismo el tabú de la abso-

<sup>131</sup> Lo destaca la Sala 1.ª del TS en su sentencia 923/2011, de 26 de noviembre, antes citada (FD 2.º).

<sup>132</sup> Tempranamente, HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss., 1144.

<sup>133</sup> *Vid.*, p. ej., ATIENZA NAVARRO, 2015, *passim*. Recientemente, próximo VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020, pp. 5 ss. Sobre todo ello, tempranamente, FERNÁNDEZ MANZANO, *Actualidad Aseguradora*, 2008, p. 521; y FERNÁNDEZ MONTES-LLORD, *RC*, (7), 2008, pp. 22-30.

luta inasegurabilidad de las penas (criminales), en particular, cuando se trata de la pena de multa o de los efectos patrimoniales perjudiciales de la pena de inhabilitación profesional<sup>134</sup>.

El objetivo de este apartado es valorar la posibilidad de asegurar las consecuencias perjudiciales derivadas de la imposición a los administradores sociales de sanciones de naturaleza pública, tanto administrativa como penal. Quedan fuera de este análisis las sanciones (penales o administrativas) impuestas a personas jurídicas. A tal fin, se esboza a continuación un *tipo ideal de sanción pública*, capaz de abarcar tanto a las penas (criminales) como a las sanciones administrativas (epígrafe 5.2). Acto seguido, y tomando siempre como referencia el tipo ideal referido, se analiza la asegurabilidad de los daños derivados de la imposición de una multa o de una inhabilitación para ejercer el cargo de administrador, ya tengan aquellas naturaleza penal o administrativa (epígrafes 5.3 y 5.4, respectivamente).

## 5.2 LA SANCIÓN (PÚBLICA): CONCEPTO, FINALIDAD Y GARANTÍAS

La doctrina española se muestra desde antaño dividida acerca de la relación entre los regímenes sancionadores administrativo y penal. Posiblemente siga siendo mayoritario aquel sector que, en consonancia con una consolidada jurisprudencia constitucional, aboga por una *comprensión unitaria del poder sancionador del Estado*<sup>135</sup>. La potestad administrativa sancionadora, al igual que el poder jurisdiccional del Estado, formaría parte de un genérico y único *ius puniendi*, reconocido constitucionalmente en el artículo 25 CE. De esto se deriva una unidad sustancial del concepto y fin de la sanción administrativa y penal y, en consecuencia, de las garantías que habrían de regir su imposición (por ejemplo, legalidad, tipicidad, culpabilidad...). Frente a este modo de ver las cosas, sin embargo, se abre paso una segunda concepción que propugna una *autonomía institucional del Derecho administrativo sancionador* y una separación nítida de ambos regímenes bajo el paraguas del marco constitucional<sup>136</sup>: el Derecho administrativo sancionador

<sup>134</sup> Sobre esta tendencia *vid.* RUTTMANN, VW, (2), 2015, p. 50. Y, tempranamente, HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss.

<sup>135</sup> *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2017, pp. 193 ss.; MUÑOZ MACHADO, 2017, pp. 281 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, 2002, pp. 6683 ss.; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, pp. 90 ss.

<sup>136</sup> NIETO GARCÍA, 2012, pp. 51 ss., 124 ss.; PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 535 ss.; el mismo, *RGDA*, (36), 2014, pp. 11 ss.; REBOLLO PUIG, 2010, pp. 325 ss.; HUERGO LORA, 2007, pp. 135 ss.; el mismo, 2018, pp. 15 ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, 2005, pp. 614 ss.; LETELIER WARTENBERG, *Polít. Crim.*, (12), 2017, pp. 627 ss., pp. 636 ss.

no sería un Derecho penal de segunda clase, sino una expresión propia del Derecho administrativo, que recurriría puntualmente al Derecho penal como una mera referencia técnica para su autónomo desarrollo. Sus sanciones tendrían unos fines propios, distintos al de las penales. En buena lógica, la imposición de sanciones administrativas no habría de regirse por las garantías penales, sino por aquellas que fueran acordes con los fines generales del sistema sancionador administrativo dentro de los límites establecidos constitucionalmente.

Pese a esta importante cesura teórica, los partidarios de ambas concepciones coinciden ampliamente tanto en el concepto de sanción (pública), como en su finalidad inmediata y las garantías mínimas que habrían de regir su imposición; para unos de proveniencia penal, aunque degradadas; para otros propiamente administrativas y directamente derivadas de la CE. Es pacífico definir la noción de *sanción (pública) como aquel mal que inflige intencionadamente un Estado a quien ha cometido uno de los hechos cuya comisión pretende evitar la norma infringida*<sup>137</sup>. Este mal presenta a su vez una doble dimensión: por un lado, supone un acto de reproche o de censura como consecuencia de la comisión responsable de un hecho ilícito (dimensión simbólico-comunicativa); por el otro, una privación o restricción de los derechos o bienes del sancionado (dimensión fáctico-aflictiva)<sup>138</sup>. El que en la imposición de una pena privativa de libertad se aprecien ambas dimensiones en su máxima expresión no significa que el resto de las sanciones penales (multas, privaciones de derechos) no supongan igualmente un doble mal en el sentido descrito; del mismo modo que la preeminencia de la dimensión fáctico-aflictiva en la mayoría de las sanciones administrativas no quita que aquellas también supongan en alguna medida un acto de reproche o de censura<sup>139</sup>. Mientras que el Derecho penal conoce tres clases distintas de penas, reguladas

<sup>137</sup> En la literatura administrativa, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2017, pp. 189 ss.; REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 153 ss.; el mismo, 2010, pp. 63 ss.; REBOLLO PUIG/IzQUIERDO CARRASCO, 2018, pp. 203 ss.; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, nn. 21 y 22 (p. 904); SUAY RINCÓN, 1989, pp. 55-58. En la penal, *vid.*, p. ej., SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 113 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 255 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, pp. 388 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, p. 60. En la jurisprudencia constitucional, en un sentido muy parecido, *vid.* solo la STC 48/2003, de 12 de marzo.

<sup>138</sup> Recientemente, a propósito de la pena, SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 113 ss.

<sup>139</sup> Toda sanción, a diferencia de un precio, de una tasa pública o de una cuarentena, pretende en mayor o menor medida comunicar (censura). De otra opinión, *cf.* p. ej., CASTELLVÍ MONTSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 26 y ss., para quien el concepto de sanción se configuraría exclusivamente a partir del mal aflictivo y su fin represivo. En nuestra opinión es incorrecto limitar la dimensión de censura a la pena (criminal). También el Derecho administrativo sancionador conoce sanciones esencialmente simbólico-comunicativas (amonestaciones, publicación de la identidad de un infractor...). Al respecto, recientemente, KOCH, 2019, *passim*.



sistemática y unitariamente en los artículos 32 ss. CP —esto es, la pena privativa de libertad, la de multa y la privativa de otros derechos—, en el Derecho administrativo son las leyes sectoriales las que configuran y regulan las sanciones dispuestas por el legislador para cada uno de los concretos ámbitos regulados.

En todo caso, las sanciones penales y administrativas comparten un mismo fin inmediato, a saber, irrogar un daño al sancionado a modo de respuesta por el hecho ilícito cometido. *Las sanciones, pues, tienen una naturaleza esencialmente represiva o punitiva: su sentido se agota en un primer término en la irrogación del mal en que consiste la sanción*, sin que esta sirva directamente a la realización de ningún interés público presente<sup>140</sup>. En palabras de Rebollo Puig, «el concreto mal que se causa es inútil para los intereses generales, en el sentido de que no los satisface o no los realiza, como también es inútil para los intereses específicos de la Administración como persona jurídica o de cualquier administrado»<sup>141</sup>. En atención a los intereses protegidos por la norma infringida, la sanción, por definición, llega siempre tarde. Cuestión distinta, claro está, es que la sanción se encuentre legitimada en atención a su función mediata o última, ya se advierta esta en su capacidad retributiva o comunicativa, ya sea por el efecto preventivo que lograría la amenaza y consecuente imposición de una sanción<sup>142</sup>.

Así las cosas, no es de extrañar que también exista acuerdo a la hora de aislar una serie de principios o garantías que habrían de regir la imposición de toda sanción pública. Tanto los defensores de la unidad sustancial del *ius puniendi* como aquellos que pregonan la autonomía institucional del Derecho administrativo sancionador coinciden en afirmar que toda imposición de una sanción a un ciudadano, con independencia de su naturaleza, ha de estar regida por los *principios de responsabilidad (o culpabilidad) y de personalidad de la sanción*<sup>143</sup>. Aunque suele concederse que no rigen en el Derecho administrativo sancionador de la misma forma que en el Derecho penal, la doctrina administrativista conviene, en primer lugar, que está excluida toda forma de responsabilidad estrictamente objetiva, siendo imprescindible la constatación de una conducta

<sup>140</sup> Muy claros, en este sentido, REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, *Derecho Administrativo*, 2018, p. 204; y CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 29 ss.

<sup>141</sup> REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, p. 156.

<sup>142</sup> REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 156 y s. Próximos, además, CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, pp. 103 y s.; y, en relación con la pena, BASSO, 2019, p. 43; LOPERA VIÑÉ, 2019, pp. 1448 s. En general, acerca de las teorías de legitimación de la pena en atención a su fin mediato, *cf.*: RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 29 ss.

<sup>143</sup> *Vid.* REBOLLO PUIG, 2015, p. 851: los principios de «personalidad y culpabilidad son tan propios del Derecho Administrativo sancionador como del Derecho Penal». En el mismo sentido, si bien señalando las diferencias (de grado) existentes entre uno y otro orden, MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, p. 402.

dolosa o negligente a la que anudar la sanción<sup>144</sup>; y, en segundo lugar, que la imposición de una sanción administrativa también debe estar regida por el principio de personalidad, de modo que la sanción ha de ser impuesta al sujeto considerado responsable por el hecho ilícito que se sanciona<sup>145</sup>. Con independencia de si dicho principio se ancla constitucionalmente en el de legalidad (art. 25.1 CE), como parece entenderlo el TC, en el de culpabilidad (art. 24.2 CE), o en el de justicia (art. 1.1 CE) o dignidad humana (10.1 CE)<sup>146</sup>, la exigencia de una «identidad de sujeto» entre el agente al que se pretende responder y quien ha de soportar el mal en el que se materializa dicha respuesta constituye un mandato constitucional transversal a los regímenes sancionadores penal y administrativo<sup>147</sup>. Y adviértase que esta «identidad de sujeto» no se agota en la dimensión simbólico-comunicativa del castigo, es decir, no demanda solo que se censure al responsable del hecho ilícito, sino que requiere asimismo que el carácter aflictivo de la sanción recaiga única y exclusivamente sobre quien ha sido objeto del acto de reproche. Así las cosas, queda vedada cualquier forma de traslación de la sanción a un sujeto distinto al considerado responsable por una infracción, sea esta penal o administrativa<sup>148</sup>. Mientras que trasladar a quien no es responsable de la infracción el contenido aflictivo de una sanción en contra de su voluntad es injusto, hacerlo con la anuencia del que habrá de soportar finalmente la sanción es incompatible con el sentido última de aquella: *sancionar no es provocar indiscriminadamente un mal, sino hacer responder a quien ha cometido un hecho ilícito a través de la aflicción de un mal*<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> El propio TC, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril ya estableció nítidamente que tal principio está constitucionalizado tanto para las infracciones administrativas como para los delitos. Mientras que para unos autores (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2017, pp. 205 ss.) en el Derecho administrativo sancionador regiría el principio de culpabilidad penal de forma languidecida, para otros (PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 555 ss.) se trataría de un principio de imputación subjetiva propiamente administrativo, al que preferentemente denominan de responsabilidad (art. 28 LRJSP). Distinguiendo también entre sujetos culpables y responsables, *vid.* además NIETO GARCÍA, 2012, pp. 414 ss., 427 ss.

<sup>145</sup> En profundidad, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, 2008, pp. 662 ss.; y, siguiéndole, CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 187 ss. Sobre esto mismo, en los últimos tiempos, *vid.* además FARALDO CABANA, 2018, pp. 519 ss. En la doctrina administrativista, *vid.* IZQUIERDO CARRASCO, 2010, pp. 257 ss.

<sup>146</sup> Sobre el principio de la personalidad de la pena o sanción administrativa en la doctrina jurisprudencial constitucional, *vid.* CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 178 ss., quien reconduce el principio al de justicia y dignidad humana, del mismo modo que lo hace REBOLLO PUIG, 2015, pp. 845-848.

<sup>147</sup> *Vid.* REBOLLO PUIG, 2105, p. 8555, quien frente a algunas voces que cuestionarían la vigencia del principio en el Derecho administrativo sancionador señala que «si se trata de castigos han de regir sin excepciones los principios de personalidad y de culpabilidad, aunque no sean castigos privativos de libertad e incluso cuando su contenido aflictivo sea mínimo».

<sup>148</sup> *Vid.* CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 200 ss.

<sup>149</sup> En este sentido, *cfr.* ya REBOLLO PUIG, 2015, pp. 845 ss.

El tipo ideal de sanción acabado de presentar encuentra en las sanciones penales clásicas su representación más pura. Más disonancias cabe apreciar en el extenso mundo de las sanciones administrativas. No solo porque en las leyes sectoriales abundan formas de responsabilidad híbridas, a caballo entre el Derecho de policía, el administrativo sancionador y lo puramente resarcitorio –piénsese, por ejemplo, en las «multas» administrativas dispuestas para eliminar el beneficio ilícito obtenido o que incorporan como un tanto alzado los daños causados a la administración<sup>150</sup>–, sino también porque el Derecho administrativo sancionador conoce de ciertos institutos, en especial, el de la responsabilidad subsidiaria y solidaria (art. 28.3, 4 LRJSP), de difícil encaje con el principio de culpabilidad y de personalidad de la sanción<sup>151</sup>. Sea como fuere, las conclusiones que de ahora en adelante se extraen en torno a la asegurabilidad de la multa y de la inhabilitación para ejercer el cargo de administrador societario son válidas siempre y cuando la medida asegurada presente una naturaleza esencialmente punitiva o represora. Si la medida en cuestión, pese al *nomen iuris*, comparte un mayor número de rasgos definitorios con un tipo ideal distinto al acabado de presentar, por ejemplo, con el propio de la responsabilidad civil resarcitoria, la cuestión de su asegurabilidad habrá de correr la misma suerte que la de su correspondiente tipo ideal.

### 5.3 LA INASEGURABILIDAD DE LA MULTA

La multa es la sanción paradigmática tanto del Derecho penal económico, como mínimo en términos cuantitativos, como del Derecho administrativo sancionador<sup>152</sup>. Aunque las pólizas *D&O*

<sup>150</sup> Para un detallado estudio de estas medidas híbridas, *vid.* REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1) 2001, pp. 172, 174.

<sup>151</sup> Hasta donde alcanzamos, en la doctrina administrativista cabe identificar básicamente dos estrategias a fin de dar un acomodo constitucional a tales figuras: por un lado, hay quienes tratan de interpretar ambas instituciones a la luz de los principios de culpabilidad y personalidad de la sanción. En este sentido, *vid.*, por todos, PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 556 ss.; o GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, pp. 592 ss. Por el otro, hay quienes directamente entienden que aquellas no constituyen sanciones y, por ende, no están sujetas a los referidos principios. En este sentido, *vid.* REBOLLO PUIG, 2017, pp. 858 ss.

<sup>152</sup> La pérdida de derechos en el concurso prevista en el artículo 455.2.3.º TRLC (antiguo art. 172.2.3.º LC) para los administradores de la sociedad concursada «afectados» por la calificación del concurso como culpable está a medio camino entre una regla que prioriza en el cobro al resto de acreedores «inocentes» frente a los administradores –aunque para ello bastaría con subordinar sus créditos– y una suerte de «multa» (desproporcionada) con cargo a los créditos. En este segundo caso, resultarían aplicables todas las consideraciones formuladas en este epígrafe. Así la caracteriza, p. ej., MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, p. 1083, que, aparte de calificarla como una «sanción», considera que el juez concursal ha de imponerla de oficio, en cuanto «expresa una cuestión de orden público»; *vid.*, en sentido similar, FERRER BARRIENDOS, 2004, p. 1779; ROSENDE VILLAR, 2010, p. 635.

más corrientes en el mercado español siguen excluyendo actualmente de forma expresa la cobertura de las multas de naturaleza penal, sí es relativamente frecuente que aquellas den cobertura a los daños derivados de la imposición de sanciones administrativas. Asimismo, hace ya tiempo que la máxima de la inasegurabilidad de las sanciones pecuniarias, ya sean penales o administrativas, ha dejado de ser un dogma incuestionable en la doctrina<sup>153</sup>. Es más, son varios los autores que, sobre la base de una comprensión fuerte del principio de autonomía de la voluntad, defienden la legitimidad del aseguramiento de los daños derivados del pago de una multa, incluso penal<sup>154</sup>. Hasta donde alcanzamos, son esencialmente cuatro los argumentos esgrimidos en favor de esta tesis.

En primer lugar, se afirma que *no existen normas imperativas que prohíban –con carácter general– el aseguramiento de las multas*, por lo que no cabría considerar nulos tales contratos en virtud de lo establecido, en el caso español, en el artículo 1255 CC<sup>155</sup>. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en donde la promesa y/o el pago de una multa de naturaleza penal por parte de un tercero distinto al condenado sería constitutivo de delito y, por ende, contrario a una norma imperativa<sup>156</sup>, en el ordenamiento español este hecho sería hoy penalmente atípico. Por un lado, la promesa de compensar el daño derivado del pago de una multa no constituye una complicidad psíquica punible (art. 29 CP) en el delito cometido por el administrador, pues en el momento del

<sup>153</sup> Para un tratamiento monográfico del problema en el Derecho alemán, *vid.* RUTTMANN, 2014, *passim*.

<sup>154</sup> Entre nosotros, muy claro, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153. En Alemania, aunque únicamente respecto de multas impuestas por la comisión de un hecho imprudente, asimismo KAPP, *NJW*, (44), 1992, pp. 2798 ss.

<sup>155</sup> En este sentido, VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020, pp. 12 s.; FERNÁNDEZ-MONTES LLORD, *RC*, 2008, p. 24. Tal prohibición sí estaba expresamente contemplada en el artículo 5.2 APLCS que, sin embargo, nunca entró en vigor. A propósito del § 134 BGB, *vid.* Asimismo RUTTMANN, 2014, pp. 67 ss.; KAPP, *NJW*, (44) 1992, p. 2796. De otra opinión, SPINDLER, *MK-AktG*, 2019, nm. 101: la obligación de asumir las multas penales y administrativas conculcaría la normativa societaria imperativa que limita los acuerdos de limitación de responsabilidad de los administradores (§ 93 Abs. 2, Abs. 4).

<sup>156</sup> En Alemania históricamente se consideró el pago de una multa penal ajena constitutivo de delito de favorecimiento (*Begünstigung*) del § 257 Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*; en adelante StGB) (versión de 15 de mayo de 1871) primero; y, posteriormente, de frustración del castigo (*Strafverteilung*) del § 258 StGB. Sin embargo, también el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*; en adelante, BGH) entiende desde el año 1990 (BGH, *NJW* 1991, 990) que el hecho es atípico, pues «el pago de una pena de multa –inmediata o mediatamente– a cargo del patrimonio de un tercero no satisface el tipo de frustración del castigo». La «afectación personal» de la pena no sería objeto de la ejecución del castigo y, por ende, no podría ser objeto de protección del tipo penal del § 258 II StGB. Así las cosas, «el tercero que, sin injerirse en el curso externo del procedimiento de ejecución, simplemente contribuye a que el condenado no quede (o lo haga en menor medida) ‘personalmente afectado’, no frustra la pretensión de castigo estatal». Sobre todo ello, en detalle, *vid.* solo SCHOLL, *NSiZ*, (12), 1999, pp. 599 ss.

contrato de seguro no se habría concretado de forma suficiente el hecho típico al que se contribuye reforzando psíquicamente al autor<sup>157</sup>. Por otro lado, la contratación por parte del administrador de un seguro *D&O* que obliga a la sociedad a satisfacer la correspondiente prima tampoco constituye –con carácter general– un delito de administración desleal (art. 252 CP), pues nada empuja a afirmar la racionalidad económica de la decisión empresarial consistente en asegurar el riesgo de sanción que acecha a sus administradores<sup>158</sup>. Por último, se afirma que razones de estricta legalidad impedirían considerar la promesa o el pago de una multa penal ajena constitutivos de un delito de encubrimiento (art. 451 CP) o de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)<sup>159</sup>.

Una vez constatada la inexistencia de una norma imperativa que prohíba el aseguramiento de las multas, se alega, ahora ya en segundo lugar, que *no cabe burlar esta decisión legislativa a través del recurso a la vaga noción del negocio jurídico contrario al orden público* (art. 1255 CC). En este sentido, ha afirmado entre nosotros Sánchez Álvarez que asegurar las multas penales en modo alguno sería más inmoral que el pago de la multa por tercero, o que el hecho de que el condenado solicite un crédito para pagar la multa o la satisfaga con los fondos recolectados por un grupo de amigos<sup>160</sup>. En Alemania, Kapp sostiene que el compromiso de reembolsar la pena de multa impuesta como consecuencia de la comisión de un delito imprudente no sería tampoco contrario a las buenas costumbres (§ 138 BGB)<sup>161</sup>. Asumiendo que dicho precepto no opera cuando el comportamiento de una de las partes contratantes no supone una contribución a la acción punible, entiende el referido autor que, a diferencia de lo que acontecería ante el compromiso de asumir las multas derivadas de la comisión de hechos dolosos, donde todavía cabría apreciar una relación causal abstracta de implicación con el delito, en caso de hechos imprudentes el § 138 BGB no entraría en consideración<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> Vid., p. ej., ROBLES PLANAS, 2003, pp. 290 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 30 s.

<sup>158</sup> En este mismo sentido, aunque a propósito del § 266 StGB, equivalente funcional a nuestro artículo 252 CP, vid. HORRER/PATZSCHKE, *CCZ*, (3), 2013, pp. 94 ss. Sobre la noción de riesgo permitido en el delito de administración desleal del artículo 252 CP, vid. COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019.

<sup>159</sup> Sobre la posible tipificación penal del pago de la multa penal por tercero, *cfr.* tempranamente MANZANARES SAMANIEGO, 1977, pp. 248 ss.

<sup>160</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

<sup>161</sup> KAPP, *NJW*, (44), 1992, pp. 2798 ss.

<sup>162</sup> KAPP, *NJW*, (44), 1992, pp. 2798 ss. Adviértase además que, para Kapp, las multas administrativas (*Geldbußen*) serían asegurables incluso cuando responden a la previa comisión de una infracción dolosa que no se dirige contra la propia empresa tomadora del seguro.

A los dos argumentos acabados de presentar se añade, en tercer lugar, uno de naturaleza estrictamente práctica. Dada la imposibilidad del Estado de garantizar el carácter personalísimo de las sanciones pecuniarias, pues su carácter aflictivo puede ser siempre fácilmente trasladado a un tercero<sup>163</sup>, *considerar nulo el contrato de aseguramiento de la multa constituiría una absurda manera de «privilegiar las comedias»*<sup>164</sup> tendentes a desplazar ocultamente el carácter aflictivo de la multa. Al mismo tiempo que se impediría el aseguramiento del riesgo a través de un contrato de seguro, se toleraría (pues no habría forma de impedirlo) que el condenado recibiera donaciones equivalentes a la multa antes o después de satisfacerla o que aquel disolviera el carácter aflictivo de la pena en su entorno familiar o social. Ante esta situación, lo más razonable sería reconocer que al Estado, como señala Sánchez Álvarez, «lo que le interesa a fin de cuentas es que la multa se pague y no el origen del dinero o la identidad de quien lo efectúe»<sup>165</sup> y, por consiguiente, consentir también el aseguramiento de las sanciones penales y administrativas como una forma más de las muchas imaginables e inevitables de trasladar a un tercero el daño derivado del pago de la multa.

Finalmente, a estos tres argumentos se añade un cuarto, si bien exclusivamente tendente a afirmar la asegurabilidad de cierto tipo de sanciones administrativas. A diferencia de las sanciones penales, cuyo componente de orden público y dimensión ético-social sería incuestionable, *ciertas sanciones carecerían de esta dimensión, ya sea porque no tienen el componente de reproche ético-social propio de las sanciones penales*<sup>166</sup>; *ya sea porque se imponen como consecuencia de la infracción de normas administrativas no encaminadas a la protección de un orden público general, sino de intereses sectoriales o particulares (sector del crédito, protección de datos...)*<sup>167</sup>. En realidad, estas –impropiamente llamadas– sanciones no perseguirían una finalidad estrictamente punitiva y preventiva, sino que destacarían por su aspecto indemnizatorio en

<sup>163</sup> En el consustancial riesgo de traslado del carácter aflictivo de la pena de multa se advierte un rasgo patológico fundamental de esta clase de penas. Al respecto, *cfr.*: ya MANZANARES SAMANIEGO, 1977, pp. 243 ss.; SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, (2), 2006, p. 18; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 171 ss.; HILLENKAMP, 1987, pp. 457 ss.; y, recientemente, FARALDO CABANA, 2017, pp. 55 ss.

<sup>164</sup> Para un desarrollo del argumento, *vid.* GRUBE, 2019, nm. 31.

<sup>165</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

<sup>166</sup> Así lo entiende KAPP, *NJW*, (44), 1992, p. 2799: no tendría sentido considerar contrario a las buenas costumbres una promesa de pago de una sanción que no trae consigo ninguna carga ética.

<sup>167</sup> *Cfr.* al respecto FONT RIBAS, 1994, pp. 834 ss.; y en un sentido parecido, ATIENZA, 2015, p. 168; o próximo VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños* (143), 2020, pp. 4 ss.

el marco de relaciones de dependencia intensificada. Así las cosas, no habría razón por la que considerar contrario al orden público (art. 1255 CC) el acuerdo de aseguramiento de una medida cuasi-indemnizatoria que se impusiera para la defensa de un interés que carece de toda dimensión público-constitucional o económica, como mínimo, no cuando la infracción a la que responden sea meramente negligente<sup>168</sup>.

En nuestra opinión, sin embargo, ninguno de los cuatro argumentos acabados de referir, ni separada ni conjuntamente, son idóneos para legitimar la asegurabilidad de las sanciones pecuniarias. Bien mirado, las tesis favorables a su asegurabilidad la conciben, en consonancia con la ya superada teoría de la obligación<sup>169</sup>, como una sanción impersonal que, en el mismo momento en el que se impone, mutaría en una obligación civil, convirtiéndose el sancionado en un mero deudor del Estado acreedor. Solo así cabe entender la afirmación de Sánchez Álvarez según la cual sería indiferente quién pague la multa<sup>170</sup>. En buena lógica, este autor tampoco debería ver obstáculo en afirmar la transmisibilidad de la multa a los herederos del deudor<sup>171</sup>, en ejecutar la multa aun cuando después de pronunciada sentencia firme se apreciara en el penado una situación de trastorno mental que le impidiera comprender el sentido de la pena de multa (art. 60 CP)<sup>172</sup>, o en recuperar pretéritas formas de traslación de la responsabilidad administrativa que creíamos superadas con la constitucionalización del Derecho público sancionador<sup>173</sup>. Sin embargo, pese a su carácter pecuniario, la extrema fungibilidad del dinero y lo fácil que pueda ser trasladar fácticamente el daño a un tercero, *también la multa es una sanción*. Ello resulta incuestionable en el caso de la pena de multa, regulada

<sup>168</sup> Cfr. FONT RIBAS, 1994, pp. 834 ss.; ATIENZA NAVARRO, 2015, pp. 168 ss. Y en el mismo sentido, a propósito del aseguramiento de sanciones en materia de protección de datos, vid. ELGUERO MERINO, *RCyS*, (28), 2008, pp. 56 ss.

<sup>169</sup> Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, (2), 2006, pp. 18 ss.; FARALDO CABANA, 2017, pp. 57 ss.; LA MISMA, 2018, pp. 520 ss.; y tachándola ya a mediados de los años 70 de superada e incompatible con el carácter penal de la multa, MANZANARES SAMANIEGO, 1977, p. 55.

<sup>170</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

<sup>171</sup> Tal y como todavía preveía el artículo 132 del CP de 1870 y prevé ahora el art 130.2 CP respecto de la «pena» de multa impuesta a la persona jurídica. Al respecto, vid. FARALDO CABANA, 2018, pp. 515 ss.; y críticamente ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7705), 2011, p. 10. Una lectura de las multas impuestas a las personas jurídicas, en particular, en caso de transformación, fusión, absorción o escisión (art. 130.2 CP) pretendidamente compatible con los principios de culpabilidad y personalidad puede leerse en el interesante AAN 246/2019, de 30 de abril, en el que se estima el recurso de apelación contra el AJCI núm. de 15 de enero de 2019.

<sup>172</sup> Aunque dicho precepto no alude de forma expresa a la multa, su *telos* es claro: si el sentido de la suspensión de la pena es aquí la imposibilidad de que el condenado sepa el por qué y para qué la cumple, la regla del artículo 60 CP también ha de valer para la pena de multa. En este sentido, acertadamente, MOLINA BLÁZQUEZ, 2000, p. 724.

<sup>173</sup> Vid. ROLDÁN BARBERO, 1982, pp. 35 y ss.

en los artículos 32 y 50 CP como una auténtica pena consistente en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, y es igualmente admitido unánimemente por la doctrina administrativista, que ve en la multa la sanción (represiva) por antonomasia del Derecho administrativo sancionador<sup>174</sup>.

Como cualquier otra sanción, *la multa representa un mal de naturaleza dual, impuesto intencionadamente por el Estado a quien es considerado responsable de la comisión de un hecho ilícito*. Si en las penas privativas de libertad el dolor penal se concreta en la restricción de la libertad ambulatoria, a través de la multa se pretende afectar negativamente a la capacidad de consumo del sancionado, como manifestación particular de la libertad del ciudadano. Como señala Zipf, aquella no se reduce, pues, a la mera exacción de una suma de dinero, o a una simple afectación del patrimonio del condenado: el verdadero «sufrimiento penal reside en el sentimiento de renuncia a determinados bienes: formulado en términos generales, en la renuncia al consumo»<sup>175</sup>. El menoscabo patrimonial derivado del pago de una multa, pues, nada tiene que ver con el quebranto que le supone al deudor satisfacer una obligación civil de pago, sino que, como señala acertadamente Gracia Martín, es el instrumento a través del que el Estado trata de afligir al sancionado como forma de respuesta a su hecho delictivo<sup>176</sup>. La pérdida de capacidad de consumo del sancionado no es, en suma, un dato contingente, sino el fin inmediato perseguido a través de las sanciones pecuniarias<sup>177</sup>, por lo que el ingreso del dinero en las arcas del Estado, por su parte, es un mero efecto reflejo<sup>178</sup>. Así lo evidencia el artículo 126 CP, en donde se relega al último lugar la imputación a la multa de los pagos efectuados por el penado.

A los efectos que aquí interesan, lo anterior significa que una multa, sea penal o administrativa, solo puede cumplir su cometido inmediato en la medida en que sea el sujeto responsable quien soporte la pérdida de capacidad de consumo que el Estado pretende lograr a través de su imposición. Al Estado, pues, no le puede ser nunca indiferente quién realiza el pago en primera instancia o quién acaba por soportar el menoscabo patrimonial deri-

<sup>174</sup> *Pars pro toto*, REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, p. 167.

<sup>175</sup> ZIPF, 1966, p. 53. Para BAUMANN, 1968, pp. 48 ss., la pena de multa pretendería lograr una «disminución del estándar de vida» del condenado como consecuencia de la reducción de la capacidad de consumo. Próximo, SERRANO BUTRAGUEÑO, 1996, p. 54.

<sup>176</sup> Muy claro en este sentido, *cfr.* GRACIA MARTÍN, 2006, p. 172. En el mismo sentido, ROCA AGAPITO, 2003, p. 240.

<sup>177</sup> Este dato es esencial para distinguir las auténticas sanciones administrativas de otro tipo de medidas de naturaleza resarcitoria, preventivo-policial o próximas decomiso. En un sentido parecido, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 27 ss.

<sup>178</sup> Muy claro en este sentido, ROLDÁN BARBERO, 1982, p. 37.



vado de aquel. Es más, con el traslado de la dimensión fáctico-aflictiva de multa a un tercero se priva a la pena de su finalidad inmediata, del mismo modo que se priva de sentido a la pena privativa de libertad cuando es un tercero no condenado el que ingresa en el centro penitenciario. Y adviértase que esto vale tanto para las formas de traslado de la dimensión fáctico-aflictiva de la multa de naturaleza jurídica, como puede ser un contrato de seguro, como para aquellas formas de traslado puramente fácticas<sup>179</sup>. Es decir, el objetivo de la multa tanto se burla cuando es un tercero el que directamente la paga, como cuando es un tercero el que soporta finalmente la pérdida de consumo buscada a través de la multa, ya sea porque dona al sancionado el monto equivalente antes o después de su pago, ya sea porque el sancionado disuelve la dimensión aflictiva de la multa en su entorno social o familiar. Todo acto de traslación o difusión de la dimensión aflictiva de la multa, sea jurídico o puramente fáctico, es, pues, incompatible con su fin inmediato<sup>180</sup>. Y ello con independencia del alcance del interés protegido por la norma infringida (también la sanción impuesta por la infracción de una norma que protege un interés meramente sectorial es personalísima)<sup>181</sup>, y del carácter doloso o imprudente de la infracción: también el desplazamiento de una sanción que responde a un hecho negligente atenta contra su fin inmediato<sup>182</sup>.

Frente a lo anterior no cabe simplemente afirmar que, dado que al Estado le sería imposible evitar el traslado de la dimensión fáctico-aflictiva de las sanciones pecuniarias a un tercero, en vez de «poner puertas al campo», habría de tolerarse cualquier forma de dispersión o traslado de la dimensión aflictiva de las sanciones, incluida la consistente en asegurar el pago de la multa. Tampoco el hecho de que los tribunales o la Administración no con-

<sup>179</sup> Acertadamente, GRACIA MARTÍN, 2006, p. 173.

<sup>180</sup> Esto último vale con independencia de quién asuma el pago de la prima. Es decir, esto mismo valdría incluso en el supuesto en el que a diferencia de lo que suele ocurrir, no fuera la sociedad, sino el propio administrador el que asumiera el pago de la prima. El menoscabo patrimonial que pueda sufrir quien paga la prima del seguro que cubre su propio riesgo en modo alguno puede operar como un descuento a futuro del dolor penal de la multa: esta solo puede cumplir su finalidad cuando el mensaje censor posterior a la comisión del hecho está acompañado del correspondiente menoscabo de la capacidad de consumo que lo fortalece.

<sup>181</sup> Sobre la distinción entre sanciones de política general y especial, *vid.* PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 543 ss. Cuestión distinta es que en ciertos ámbitos el Estado imponga bajo el *nomen iuris* «multa» medidas de naturaleza no sancionatoria. Esta parece ser la razón principal que lleva a ATIENZA NAVARRO, 2015, pp. 169 y ss., a admitir la asegurabilidad de ciertas multas administrativas sectoriales.

<sup>182</sup> Como señalamos en el epígrafe 2.3, la (supuesta) contrariedad al orden público del aseguramiento de la responsabilidad derivada de conductas dolosas no se basa en argumentos funcionales, sino en la intención de evitar auténticos fraudes al asegurador.

trolen el origen último del dinero con el que se satisface el pago de la multa es razón suficiente para negar el carácter personalísimo de las sanciones pecuniarias. Al contrario, el alto riesgo de traslado de la dimensión aflictiva propio de la multa habla más bien a favor de la búsqueda de mecanismos que garanticen su carácter personal<sup>183</sup>.

En este lugar, baste con señalar, en primer lugar, que el pago directo de la multa por parte de un tercero no debería ser bajo ningún concepto aceptado por la Administración, pues el carácter personalísimo de la multa resta cualquier efecto liberatorio al pago por tercero (arts. 1158 ss. CC)<sup>184</sup>. Como señala Altenhain, «sería contradictorio condenar por su culpabilidad al autor a asumir un mal y acto seguido renunciar –por razones fiscales– a la irrogación de ese mal»<sup>185</sup>. En segundo lugar, creemos como mínimo digna de reconsideración la extendida afirmación según la cual no existe en el ordenamiento jurídico español una norma imperativa que prohíba el traslado a un tercero de la dimensión aflictiva de la pena de multa. Por un lado, con base en una argumentación sistemático-histórica que toma como referencia la noción de «condena» del artículo 129 del CP de 1870, se asevera que la pena de multa no sería una «condena» a los efectos del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)<sup>186</sup>. Por otro, se afirma que el legislador ha previsto ya una respuesta específica para el quebrantamiento de la multa, a saber, su sustitución por una pena alternativa (art. 53 CP)<sup>187</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, ninguno de estos dos argumentos es decisivo<sup>188</sup>. Más bien, lo fundamental es convenir en qué consiste realmente quebrantar una condena: sí, como entiende el BGH a pro-

<sup>183</sup> Fundamental en este sentido HILLENKAMP, 1987, pp. 459 ss.; y recientemente, como en el texto, GRUBE, 2019, nm. 30 ss.

<sup>184</sup> Con razón se afirma en la STS 2.ª 1038/2009, de 3 de noviembre, que «si lo que pretende el termino es pagar él la multa, directamente, el Tribunal no debe consentirlo pues estaría ejecutando una pena de forma distinta a lo establecido en sentencia –artículo 3.2 CP– y contrariando el principio de personalidad de las penas». El TS, sin embargo, adopta una postura resignada en lo que al pago por parte del condenado con fondos donados por un tercero se refiere: «en la práctica el Juez solo podrá verificar que formalmente el pagador sea el condenado y aún esto puede ser a veces difícil, pues puede pagarse por ingreso en la cuenta de consignaciones del juzgado». Acerca de si el pago por tercero está igualmente sometido a la regla de prelación del artículo 126 CP o si aquel puede decidir a qué concepto se imputa la donación al condenado *cf.* los AAP Girona 265/2002, de 3 de junio; y 72/2010, de 11 de febrero.

<sup>185</sup> ALTENHAIN, *NK-StGB*, 2017, nm. 65.

<sup>186</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, (45), 1992, pp. 113 ss.

<sup>187</sup> *Vid.* ROVIRA TORRES, 1999, pp. 28 ss., 39.

<sup>188</sup> Por un lado, frente al argumento histórico cabe afirmar que la noción de «condena» ha de interpretarse en consonancia con el catálogo de penas reconocido actualmente en el artículo 32 CP, en el que se cuenta la de multa. Por otro, la previsión de un sistema de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de multa no excluye necesariamente la posibilidad de castigar el quebrantamiento de la condena de multa: una cosa es no pagar y otra distinta desplazar la dimensión fáctico-aflictiva de la pena a un tercero.

pósito del § 258 II StGB<sup>189</sup>, solo debería ser típico el quebrantamiento formal del proceso de ejecución de la medida, siempre que el condenado fuera el que pagara formalmente la multa, el hecho habría de ser considerado atípico. Si, por el contrario, se admite que la transmisión de la dimensión fáctico-aflictiva del castigo a un tercero puede constituir también un quebrantamiento de condena penalmente típico<sup>190</sup> –algo en absoluto descartable, pues también aquí se frustra el fin material que persigue la ejecución de la pena– cabría afirmar que el aseguramiento de la pena de multa sería contrario a una norma imperativa y, por tanto, nulo (art. 1255 CC).

Sea como fuere, y ya en tercer lugar, adviértase que, aunque no se admitiera la tipicidad del quebrantamiento material de la pena de multa *ex* artículo 468 CP, en la medida en que el aseguramiento de las multas penales y administrativas es frontalmente incompatible con su finalidad inmediata y con los principios constitucionales que rigen su imposición<sup>191</sup>, tales contratos han de considerarse necesariamente contrarios al orden público (1255 CC) y, por ende, nulos. Esta tesis, además de ser la expresamente plasmada en el artículo 5.2 del malogrado APLCS, ha sido sostenida acertadamente por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones<sup>192</sup> y es la defendida a día de hoy por la inmensa mayoría de la doctrina española<sup>193</sup>. A falta de mejores mecanismos para reforzar el carácter personal de las multas, es la nulidad del contrato que la asegura la mejor manera de combatir el que aquella quede privada de su sentido. En tanto en cuanto el legislador español siga regu-

<sup>189</sup> BGHSt. 37, 226 (230).

<sup>190</sup> *Vid.* solo HILLENKAMP, *JR*, 1992, p. 75. En este sentido apuntan también entre nosotros tanto CUERDA RIEZU *ADPCP*, (62), 2009, p. 201, como SERRANO BUTRAGUEÑO, 1996, p. 55.

<sup>191</sup> Muy claro en este sentido ya MANZANARES SAMANIEGO, 1977, p. 17: «No será admisible ningún efecto que careza de sentido en relación con la esencia y fines de la pena». Asimismo, PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 257. Sobre la incompatibilidad del aseguramiento de la responsabilidad penal con el principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio *cf.* solo CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 207 ss.

<sup>192</sup> *Vid.* la Consulta 5/2008 de 31 de marzo acerca de la «posibilidad de aseguramiento de multas penales, sanciones, administrativas y multas coercitivas en el caso de ser impuestas por órganos administrativos, juzgados y tribunales españoles o de terceros países». Un análisis detallado de la Consulta puede leerse en ATIENZA NAVARRO, 2015, pp. 160 ss.

<sup>193</sup> A esta misma conclusión llegan, sin ánimo de exhaustividad, ALONSO SOTO, 1977, pp. 390-392; VEIGA COPO, 2019, pp. 1264 ss., 1268; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, p. 236; TAPIA HERMIDA, 2010, p. 1890 ss.; FERNÁNDEZ-MONTES LLORD, *RC*, 2008, pp. 29 s.; PANTALEÓN PRIETO, 2016, p. 57. En particular, sobre la imposibilidad de asegurar la responsabilidad penal, *vid.* CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 206 ss.; y en la conclusión, asimismo VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020, p. 5: «debe siempre considerarse que resulta inadmisibles la cobertura de las sanciones o multas penales al ser el derecho penal la parcela del ordenamiento jurídico que salvaguarda el orden social como bien jurídico protegido». En la doctrina alemana, como en el texto, *vid.* solo RUTTMANN, 2014, pp. 97-99.

lando el sistema de gobierno corporativo a través del recurso a instrumentos represivos como la multa, sean penales o administrativos, el riesgo de sanción no puede ser asegurado en el marco de una póliza *D&O*.

#### 5.4 LA INASEGURABILIDAD DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA INHABILITACIÓN

Junto con la multa, los administradores societarios están igualmente sometidos al riesgo de ser inhabilitados para ejercer su cargo. Esta inhabilitación puede resultar, en primer lugar, de la comisión de un hecho penalmente ilícito. Entre las distintas penas privativas de otros derechos (arts. 39-49 CP), nos interesa en lo que sigue la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio. Esta guarda una profunda relación con la delincuencia de empresa, donde resulta una pena prácticamente omnipresente, ya sea impuesta como pena principal (art. 45 CP) en delitos típicamente socio-económicos –así, en los delitos contra la propiedad intelectual (art. 271 CP) e industrial (art. 276 CP)–; ya sea como pena accesoria (56.3.º CP) impuesta por la comisión de cualquier delito económico imaginable<sup>194</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la inhabilitación para participar como «miembro de los órganos de gobierno o ejecutivos de cualquier entidad bancaria» impuesta por la Sala 2.ª del TS como pena accesoria en el conocido como «caso Tarjetas Black»<sup>195</sup>. En segundo lugar, la inhabilitación o prohibición para ejercer el cargo de administrador puede ser igualmente impuesta como una sanción de naturaleza administrativa<sup>196</sup>. A título de ejemplo cabe citar aquí la separación e inhabilitación para ejercer el cargo de administrador o directivo por un tiempo determinado prevista en el artículo 302 LMV como consecuencia de alguna de las infracciones administrativas tipificadas en la referida ley. Por su parte, el artículo 455.2.2.º TRLC (antiguo art. 172.2.2.º LC) prevé que los administradores «afectados» por la calificación como culpable de la sociedad en la que desempeñan sus funciones sean inhabilitados «para administrar los bienes ajenos», así como «para representar a cualquier persona», durante un periodo de dos a quince años; inhabilitación a la que el artículo 13.2.º CCom añade

<sup>194</sup> Al respecto, en detalle, *vid.* FERNÁNDEZ TERUELO, 2005, pp. 351 ss.; o RAMOS VÁZQUEZ, 2013, pp. 115 ss.

<sup>195</sup> STS 2.ª 438/2018, de 3 octubre.

<sup>196</sup> *Vid.* al respecto REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 189 ss., con numerosos ejemplos extraídos de las leyes sectoriales.

una prohibición de «ejercer el comercio» o «tener cargo [o] intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales» durante el mismo periodo<sup>197</sup>.

Aunque un contrato de seguro difícilmente puede dejar sin efecto la inhabilitación profesional, sí que parece posible minimizar los efectos perjudiciales de esta clase de sanciones a través del aseguramiento del lucro cesante<sup>198</sup>. *La pregunta que nos interesa en lo que sigue es, pues, si un administrador societario puede garantizarse la expectativa de enriquecimiento derivada del normal ejercicio de su cargo de administración que se ve truncada con una inhabilitación judicial o administrativa a través de un contrato de seguro de lucro cesante (arts. 63 ss. LCS)*<sup>199</sup>. Aunque, hasta donde alcanzamos, las pólizas D&O más corrientes en el mercado español no cubren por el momento este concepto, dado el importante auge de esta clase de seguros –piénsese solo en la gran expansión y el reconocimiento judicial del subsidio por privación del permiso de conducir del profesional que se ve con ello impedido para ejercer su profesión<sup>200</sup>– parece conveniente plantearse también en este trabajo la legitimidad de asegurar la frustración del incremento patrimonial esperado.

Aunque el artículo 96.3.1.<sup>a</sup> CP contempla también la inhabilitación profesional como una medida de seguridad<sup>201</sup>, en este lugar nos interesa esta medida en tanto que sanción (represiva). Así se

<sup>197</sup> La doctrina califica de forma prácticamente unánime esta consecuencia de la calificación del concurso como una «pena civil», con una clara finalidad preventivo-punitiva y regida, por tanto, por los principios limitadores propios del Derecho sancionador. Así, entre otros, BELTRÁN SÁNCHEZ, 2004, pp. 3106-3110; FERRER BARRIENDOS, 2004, pp. 1777 s.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2004, pp. 2567-2569, 2577; JUSTE MENCÍA, 2004, p. 2275; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2005, p. 652; ROSENDE VILLAR, 2010, pp. 635, 637; MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, pp. 1771, 1830; MORENO SERRANO, *ibid.*, pp. 1592, 1598; MARTÍNEZ GALLEGU, 2018, p. 514. *Cfr.*, no obstante, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, p. 2881, que afirma que la inhabilitación concursal, «no es una medida de carácter sancionador sino de protección que busca precaver a los titulares de aquellos patrimonios de una posible y probable administración descuidada».

<sup>198</sup> Un problema adicional que aquí no puede ser abordado es el de la eventual asegurabilidad de los daños reputacionales derivados de la inhabilitación profesional. Entendida esta como una pena (parcialmente) infamante sería discutible la asegurabilidad del daño reputacional. Por un lado, pareciera que si parte del mal intencionado por la pena de inhabilitación profesional es la afectación al honor, el aseguramiento del coste reputacional sería contrario a la finalidad de la pena. Sin embargo, no está claro que ello suponga realmente un traslado del dolor penal a un tercero: la afectación a la dignidad del condenado, en puridad, no desaparece por mucho que una aseguradora asuma el costo reputacional.

<sup>199</sup> *Vid.* al respecto TIRADO SUÁREZ, 2010, pp. 1359 ss.; el mismo, 2014, pp. 597 ss.

<sup>200</sup> *Vid.* n. 206.

<sup>201</sup> Queda fuera de nuestro objeto de estudio la posibilidad de asegurar el lucro cesante de la inhabilitación profesional impuesta como medida de seguridad (art. 96 CP). Esta, como señala FERNÁNDEZ TERUELO, 2005, p. 352; carece de trascendencia práctica cuando se trata de delincuencia económica protagonizada por administradores societarios. Sobre la inhabilitación profesional como medida de seguridad, *vid.*, en profundidad, TRAPERO BARREALES/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2019, pp. 1591 ss.; DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, pp. 50 ss.

regula en los artículos 32, 45 y 56 del CP, donde se prevé la inhabilitación profesional como una auténtica pena criminal, y esta es también la naturaleza que –de forma indiscutida– le atribuye a la institución la doctrina española contemporánea<sup>202</sup>. Como cualquier otra sanción, la inhabilitación profesional constituye un mal de doble naturaleza: por un lado, implica un acto intencional de reproche o de censura a quien considerado responsable por un hecho ilícito (dimensión simbólico-comunicativa); por el otro, implica asimismo la causación intencional de un cierto grado de dolor penal (dimensión fáctico-aflictiva). De nuevo, esto vale tanto para la inhabilitación penal como para la administrativa. A partir de aquí, en nuestra opinión, la decisión acerca de la posibilidad de asegurar la pérdida del rendimiento económico que el administrador hubiera obtenido de no haberse producido el siniestro en forma de inhabilitación profesional depende de cómo se conciba la dimensión fáctico-aflictiva de esta pena. A su vez, de ello depende también el que el aseguramiento del lucro cesante de la inhabilitación profesional pueda ser o no considerado típico en tanto que quebrantamiento de condena (art. 468 CP)<sup>203</sup>. Aunque esta cuestión apenas ha sido tratada hasta el momento en la doctrina penal española, creemos posible identificar en este momento dos posibles respuestas teóricas a este problema.

Por un lado, cabría entender que la inhabilitación para ejercer una profesión, en nuestro caso la de administrador societario, se agota en su dimensión fáctica (mal sensible) en la simple privación formal del derecho del administrador sancionado a participar como miembro de un órgano de gobierno societario mientras dure la condena o por un tiempo determinado en el caso de las inhabilitaciones administrativas. Con independencia de cuál fuera el fin último que se le atribuyera a esta clase específica de sanciones (retributivo, preventivo general o especial...), la inhabilitación cumpliría su función inmediata en la medida en que el condenado simplemente no pudiera ejercer una determinada profesión o cargo, con total independencia de las consecuencias ulteriores que de ello se derivaran. Esta parece ser la interpretación que hace de esta clase de sanciones (administrativas) Rebollo Puig<sup>204</sup> y es la que ha sido defendida en Alemania por Horn y Werber a propósito de la inhabilitación penal para conducir. El dolor penal pretendido con la prohibición de circular, hoy regulado como pena accesoria (*Nebens-*

<sup>202</sup> Cfr: TRAPERO BARREALES/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2019, p. 1601; DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, pp. 47 ss., 55 ss.; BOLDOVA PASAMAR, 2006, pp. 129 ss.; o POZUELO PÉREZ, 1998, pp. 19 ss., 45 ss.

<sup>203</sup> RAMOS VÁZQUEZ, 2013, p. 126.

<sup>204</sup> REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, p. 190.

*trafe*) en el § 44 StGB, sería única y exclusivamente el consistente en impedir a una persona sentarse al volante, pero no, en cambio, las consecuencias patrimoniales que de ello pudieran derivarse para el conductor profesional que *de facto* queda impedido para ejercer su oficio<sup>205</sup>. Así las cosas, el lucro cesante derivado de una pena privativa de derechos sería asegurable<sup>206</sup>. Es más, para Horn, el contrato de seguro permitiría precisamente reducir la dimensión fáctica de la pena privativa de derechos a la que le debería corresponder: «un dolor penal que se limita exclusivamente (y por lo tanto para todo el mundo igual) a una privación temporal de libertad del autor». ¿O es que alguien, se pregunta Horn, entiende que tales medidas pretenden la «ruina financiera del delincuente o el sufrimiento compartido de la familia»<sup>207</sup>? En favor de la asegurabilidad de una pena como la de retirada del carné añade Werber un argumento adicional: si de lo que se trata es de evitar que el condenado se ponga al volante, ¿qué mejor manera que permitirle asegurar el lucro cesante derivado de la imposibilidad de seguir ejerciendo su profesión y eliminar así cualquier incentivo para quebrantar la pena de inhabilitación<sup>208</sup>?

A este modo de ver las cosas, sin embargo, cabe oponerle una segunda forma de comprender la dimensión fáctico-aflictiva de la pena de inhabilitación especial. Del mismo modo que la exigencia del pago de una cantidad dineraria es en la pena de multa tan solo

<sup>205</sup> Así, WERBER, *ZVersWiss*, (61), 1972, p. 348. Asimismo, HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss., 1144.

<sup>206</sup> A esta conclusión han llegado algunos tribunales en nuestro país a propósito de los subsidios en caso de pérdida del permiso de conducción como sanción por la comisión de un delito contra la seguridad vial. *Vid.*, por todas, SAP Madrid 90/2015, de 3 de marzo; SAP Girona 445/2018, de 10 de octubre; o SAP Navarra 90/2004, de 25 de mayo: «no puede entenderse que afirmar la cobertura de la retirada del permiso de conducir sea semejante a asegurar la pena misma correspondiente a un delito doloso, dado que, al margen de tal cobertura, la pena subsiste y es cumplida en toda su intensidad por el conductor, quedando así satisfecho el fin de la pena pretendido obtener por la norma penal, siendo asegurada únicamente, en tal caso, una consecuencia económica que puede derivarse de la pena, consecuencia que, además, no se produce con carácter general como necesariamente derivada de la pena, sino especialmente para determinados individuos que, fundamentalmente por razón de su profesión vinculada a la conducción de vehículos o dependiente de ella, sufren un concreto quebranto añadido a la pena misma correspondiente al delito, consecuencia no prevista ni querida como necesaria por la norma penal». En un sentido parecido, *vid.* además el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 18 de julio de 2007 (ref.: AEH-Servicio Jurídico 6/07). La tesis contraria ha sido también acogida en algunas resoluciones judiciales; *vid.*, entre otras, la SAP Madrid 267/2006, de 12 de junio: el delito doloso elimina el riesgo como elemento esencial del contrato de seguro (art. 19 LCS). Sobre todo ello, *vid.* DE PORRES ORTIZ DE URBINA, *Revista de Jurisprudencia*, (15.03.18), 2018; TIRADO SUÁREZ, 2010, n. 59 (pp. 1380 ss.).

<sup>207</sup> HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss., 1144. Asimismo, sostiene BOLDOVA PASAMAR, 2006, p. 134, que la inhabilitación profesional no ha de ser concebida como una «condena al hambre», por lo que habría de aplicarse de forma restringida a la específica profesión que haya sido el medio para delinquir.

<sup>208</sup> WERBER, *ZVersWiss*, (61), 1972, p. 349.

el mecanismo a través del que irrogar un menoscabo en la capacidad de consumo como forma particular de libertad, cabría afirmar que la dimensión fáctico-aflictiva de la inhabilitación no se agota en la mera imposibilidad de seguir formando parte del órgano de gobierno de una sociedad. *El fin inmediato de una inhabilitación represiva consistiría en menoscabar la libertad del condenado privándole de su capacidad de generar ingresos a través del ejercicio de una determinada profesión.* Esto es, la pérdida del lucro derivado de la inhabilitación no sería un «daño colateral» o un efecto adicional de la pena no querido, sino parte constitutiva de la aflicción pretendidamente buscada con la imposición de la inhabilitación. En esta línea cabría interpretar las siguientes palabras de De Vicente Remesal:

«La idoneidad de la pena de inhabilitación profesional para que pueda surtir efectos desde la perspectiva de la prevención general cabe derivarla de la restricción que implica sobre las posibilidades de actuación del sujeto en la sociedad mediante la privación del ejercicio de su actividad profesional, de su significado (privación de un derecho) y de las consecuencias que conlleva su imposición, tanto patrimoniales –quizá fundamentalmente– como de otra naturaleza, de trascendencia personal o social»<sup>209</sup>. Y todavía más, «la gravedad de su imposición no se restringe a las consecuencias patrimoniales derivadas de la misma por no poder ejercer la profesión, sino que se extiende también a las derivadas de las dificultades para la consecución de un trabajo tras el cumplimiento de la pena»<sup>210</sup>.

Frente a este modo de concebir la inhabilitación profesional, sin embargo, cabría afirmar que, a diferencia de la pena de multa, aquella no se gradúa en función de sus consecuencias patrimoniales negativas sobre el sujeto sancionado. Tomando como referencia un mismo injusto, *ceteris paribus*, habría de inhabilitarse por menos tiempo a quien genera la mayor renta, cosa que, sin embargo, el legislador no ha previsto. La interpretación formalista de la dimensión aflictiva de la inhabilitación, no obstante, pareciera pasar por alto el que parece ser el verdadero núcleo aflictivo de estas penas, especialmente cuando se imponen a administradores societarios, a saber, la afectación a la capacidad de generar renta del sancionado. Sin duda, esta cuestión merece un estudio en profundidad que no puede ser emprendido en este lugar. En cualquier caso, entendida la dimensión aflictiva de la inhabilitación de esta segunda forma, resulta evidente que el contrato de seguro del lucro cesante sería contrario a la finalidad inmediata de la inhabilitación.

<sup>209</sup> DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, p. 68 (énfasis añadido).

<sup>210</sup> DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, p. 68.



El aseguramiento reduciría su carga aflictiva al mero deshonor ínsito a la declaración de culpabilidad<sup>211</sup>, convirtiendo *de facto* la inhabilitación en «algo similar a una vacación retribuida»<sup>212</sup>. Si el fin de la inhabilitación no se agota en impedir al condenado que siga participando como miembro en los órganos de gobierno de una sociedad, sino que implica la causación intencionada de un menoscabo en su capacidad de generar ingresos económicos fruto de su ejercicio profesional, un contrato de seguro que cubriera el lucro cesante del administrador que ha sido inhabilitado para seguir ejerciendo tal cargo sería nulo (art. 1255 CC)<sup>213</sup>.

A la anterior conclusión podría llegarse, de nuevo, a través de dos caminos distintos. El primero consistiría en afirmar que el pago del lucro cesante por parte de la aseguradora al administrador condenado es penalmente típico como delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP. En tal caso, el contrato de seguro sería nulo por ser contrario a una norma imperativa. Por otro lado, quien entienda que el delito de quebrantamiento de condena solo alcanza las alteraciones formales del proceso de ejecución de una condena habrá de reconocer que, en la medida en que el administrador no ejerce durante el tiempo de la condena ningún cargo, no quiebra su condena, pero el contrato en virtud del que la aseguradora se compromete a compensarle el lucro cesante es contrario al orden público (pues anula el fin inmediato de la sanción) y, por ende, igualmente nulo.

## 6. LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DECOMISO

En apartados anteriores, la *homogeneidad funcional* de formas de responsabilidad aparentemente diversas – responsabilidad societaria y tributaria por deudas sociales (apartado 4); penas y sanciones administrativas (apartado 5)– nos condujo a darles un *tratamiento unitario*, a pesar de su tradicional ubicación en categorías dogmáticas diversas. En el ámbito del decomiso ocurre, sin embargo, todo lo contrario. Como reconoce la doctrina prácticamente unánime, aquí se agrupan, bajo un mismo *nomen iuris*, al

<sup>211</sup> Somos conscientes de que la inhabilitación, pese al aseguramiento del lucro cesante, puede seguir suponiendo un importante mal para aquel administrador vocacional que disfruta ejerciendo su profesión. Sin embargo, desde una perspectiva objetiva, parece razonable afirmar que el mal esencial de la inhabilitación reside en la incapacidad del condenado para generar renta a través de un determinado oficio.

<sup>212</sup> La expresión la tomamos de la STS 3.ª 7277/1999, de 19 de septiembre, en la que se afirma que la sanción de suspensión de funciones conforme al reglamento disciplinario de policía debe comportar necesariamente la pérdida de remuneración.

<sup>213</sup> Próximo, TAPIA HERMIDA, 2010, p. 1892.

menos *dos* instituciones funcionalmente diferentes: por un lado, el decomiso de bienes, efectos, medios e instrumentos del delito – al que nos referiremos, en adelante, como «decomiso de efectos e instrumentos»<sup>214</sup>– y, por otro, el decomiso de ganancias<sup>215</sup>. Siguiendo, con algún matiz, la ilustrativa clasificación ideada por Eser, podríamos decir que, mientras que el primero funciona al modo de una «expropiación de seguridad» (orientada a la *cosa* decomisada), el segundo tiene un sentido claramente preventivo-general y especial negativo (orientado a los *autores*, concretos o potenciales, del delito)<sup>216</sup>.

Pero, antes de analizar por separado una y otra institución (y la posibilidad de asegurarlas), hemos de advertir que la anterior categorización dista mucho de ser perfecta. La que en adelante presentaremos es solo *una posible interpretación* de la regulación española actual del decomiso; una que, en nuestra modesta opinión, es *la única lectura razonable* que cabe hacer de una regulación sumamente insatisfactoria y necesitada de una reforma integral. En este sentido, baste ahora con advertir la existencia de dos «cuerpos extraños» no reconducibles por completo a ninguna de las categorías dogmáticas estudiadas –aunque vagamente relacionados con las dos que analizaremos en este apartado–, y cuyo único destino razonable *de lege ferenda* sería, a nuestro juicio, la *derogación*: el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos (previsto en los arts. 127.3 y 127 septies CP) y los «decomisos privados de ganancias» a los que nos hemos referido tantas veces a lo largo del artículo<sup>217</sup>.

Así las cosas, dedicaremos un primer epígrafe del apartado (6.1) al tratamiento del decomiso de efectos e instrumentos y la eventual asegurabilidad de los daños irrogados al propietario como

<sup>214</sup> En aras de la brevedad y, sobre todo, para dejar completamente de lado la discusión –en buena medida estéril– sobre si cabe establecer una diferencia entre los «bienes», los «medios» y los «instrumentos» que se emplean para perpetrarlo. Sobre ello, *vid.*, por todos, CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 134-138.

<sup>215</sup> Así, entre muchos otros, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 619-621; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 39 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Diario La Ley*, (5495), 2002, pp. 4 s.; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 34-36, 126 s.; FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, pp. 144, 152-154; DE PABLO SERRANO, 2012, p. 112; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 347-349; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 33-36, 41-46; CARRILLO DEL TESO, 2018, *passim* (especialmente, pp. 165-168). Este es también el criterio adoptado en la CFGE 4/2010, p. 12. *Vid.*, en sentido similar, ESER, 1969, pp. 89-97; ESER/SCHLUSTER, 2019, nms. 12-23. Una minoría de autores tratan, sin embargo, el decomiso como una consecuencia jurídica del delito, con una naturaleza unitaria y materialmente *penal* y critican, sobre esta base, que no se respeten en este ámbito los límites del *ius puniendi* estatal; *vid.*, en esta línea, DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 25-27, 29-32, 36-50, 53-57; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2017, pp. 908, 913 s.; el mismo, 2017, pp. 404-408, 417, 424; y, aparentemente, MARTÍN PÉREZ, *DPyC*, (19), 2005, p. 226.

<sup>216</sup> *Vid.* ESER, 1969, pp. 54-56.

<sup>217</sup> *Vid.* especialmente el texto que acompaña a las nn. 101-102.

consecuencia de la adopción de esta medida, haciendo también una breve referencia crítica al primero de los «cuerpos extraños» que acaban de mencionarse: el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos. En un segundo epígrafe (6.2), analizaremos el decomiso de ganancias y sus «homólogos» jurídico-privados, extrayendo las oportunas consecuencias en punto a su asegurabilidad. Finalmente, en el tercer epígrafe (6.3), se presentará brevemente, a modo de excursus, una propuesta de «coordinación» del decomiso con el resto de las consecuencias jurídicas pecuniarias del delito –multa y responsabilidad civil– que resulta de la articulación de la propuesta de interpretación expuesta en los epígrafes anteriores con lo defendido en el resto de los apartados del trabajo.

## 6.1 DECOMISO DE EFECTOS E INSTRUMENTOS DEL DELITO

De acuerdo con el artículo 127.1 CP, la comisión de un delito doloso trae consigo, en todo caso «la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios e instrumentos con que se haya perpetrado»; consecuencia que el artículo 127.2 CP prevé con carácter potestativo para los delitos imprudentes castigados con una pena privativa de libertad superior a un año. La pérdida de estos bienes –su atribución al Estado– puede suponer (y, de ordinario, supondrá) un daño *para su propietario*, que, en esta medida, podría estar interesado en su cobertura a través de un seguro. En este sentido, cabe preguntarse si serían asegurables los daños derivados del eventual decomiso de los efectos e instrumentos de un delito<sup>218</sup>. En concreto, a los efectos que aquí interesan: ¿sería lícita la cláusula de una póliza *D&O* que declarara cubierto el riesgo de que un administrador societario resultara perjudicado, en el ejercicio de sus funciones, por el posible decomiso de bienes de su propiedad considerados «efectos» o «instrumentos» de un delito?

Para responder a esta pregunta es necesario, como sabemos, dilucidar la *función* que el decomiso de efectos e instrumentos desempeña en nuestro ordenamiento. Sin embargo, un primer vistazo al régimen jurídico de esta institución revela ya que esta no es una tarea sencilla. Y es que la regulación española del decomiso de efectos e instrumentos es tan sumamente laxa en sus exigencias que, aplicada en toda la extensión que literalmente tolera, permiti-

---

<sup>218</sup> Respecto de los delitos *dolosos*, que constituyen el principal ámbito de aplicación del decomiso y a los que –salvo que los bienes le sean decomisados a un tercero– resulta prácticamente consustancial la «mala fe» del asegurado, en el sentido del artículo 19 LCS, cabe remitirse aquí, de nuevo, a lo argumentado en el epígrafe 2.3 del trabajo.

ría alcanzar consecuencias verdaderamente llamativas (amén de difícilmente explicables desde el punto de vista funcional). Dejando de lado, por ahora, la moderación potestativa de esta consecuencia jurídica por razones de proporcionalidad prevista en el artículo 128 CP, al condenado por menudeo de cocaína no solo podrían decomisársele la droga y las ganancias derivadas del tráfico, sino también el vehículo que emplea para desarrollar esta actividad y el local donde almacena la sustancia; todo ello *sumado* a la imposición de una pena de prisión de tres a seis años y una multa proporcional del tanto al triplo del valor de la cocaína objeto del delito (art. 368 CP). Por poner otro ejemplo más relevante para el objeto de nuestra investigación, el administrador societario que utilizara su ordenador personal para falsear las cuentas anuales de la sociedad no solo se vería sometido las penas de prisión y de multa previstas en el artículo 290 CP y al decomiso de las posibles ganancias derivadas del delito, sino que perdería, *además* la propiedad del ordenador. Más irrazonable todavía: si el accionista mayoritario de una sociedad anónima cometiera el delito de imposición de acuerdos abusivos del artículo 291 CP, ¿acaso no debería el Estado decomisarle –al margen de las ganancias eventualmente obtenidas– sus *acciones*, convirtiéndose así la entidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.1.a LRJSP, en una sociedad mercantil estatal? ¿No son estas un «instrumento» o, al menos, un «medio» empleado en la ejecución del delito?

Como hemos argumentado en el apartado anterior del trabajo, en cualquiera de estos casos está más o menos clara la finalidad que persigue el Estado cuando impone las *penas* correspondientes: castigar en la medida de la culpabilidad, y, en su caso, prevenir así la comisión de futuros delitos. También parece fácil determinar el fin de la «absorción» por su parte de las *ganancias* derivadas del delito y sus eventuales transformaciones: lo que quiere, como veremos, es eliminar cualquier incentivo a la delincuencia con ánimo de lucro (prevención general), privando al mismo tiempo al autor de los recursos necesarios para cometer nuevos delitos (prevención especial)<sup>219</sup>. Y es comprensible, en fin, que el Estado, en el primero de los supuestos planteados, se apropie de la cocaína para destruirla (arts. 128 octies CP y 367 ter LECrim). Pero, una vez que ha hecho todo esto –que ha castigado y ha disuadido todo lo que estime oportuno o los principios constitucionales le permiten; y que ha extraído del tráfico jurídico todos los bienes que podían suponer, *en sí mismos*, un peligro para la colectividad– ¿para qué quiere el Estado, *además*, un coche, un

<sup>219</sup> Vid. el texto que acompaña a las nn. 237 s.

piso, un ordenador y unas acciones? Y, sobre todo, ¿de donde extrae su legitimidad para apropiarse de estos bienes, cuyo valor es (huelga decirlo) totalmente *independiente* de la gravedad del hecho y de la culpabilidad de su autor? Parece latir aquí la idea de que cualquier bien «manchado» por el delito ha de ir a parar a las arcas públicas; una idea que subyacía a la vieja *confiscatio bonorum* del Derecho romano y medieval<sup>220</sup> y que parecía felizmente superada desde los tiempos de la Ilustración<sup>221</sup>.

Si los ejemplos anteriores se analizan con sentido crítico parece, en efecto, que –una vez impuestas las correspondientes penas y confiscadas, en su caso, las ganancias del delito– el único decomiso que tiene sentido es el de la cocaína, en el primero de los supuestos de hecho. Es por ello que opinamos que la única interpretación razonable de la normativa reguladora del decomiso de efectos e instrumentos es una que, por medio de una *reducción teleológica*, permita alcanzar, precisamente, tal conclusión: la de que solo pueden decomisarse legítimamente por esta vía bienes cuya *intrínseca peligrosidad* para los intereses jurídicamente protegidos determina que exista un *interés público* en extraerlos del tráfico por medio de su destrucción o (excepcionalmente) de su conservación en un entorno que garantice su carácter inocuo<sup>222</sup>. En este sentido, son buenos ejemplos de «efectos» decomisables los ejemplares obtenidos de la comisión de delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270-272 CP) o industrial (arts. 273-277 CP), las falsificaciones de moneda o documentos (arts. 386 ss. CP) o, como hemos visto, la droga cultivada para el tráfico (arts. 368 y 374 CP). Y también pueden ser

<sup>220</sup> Sobre esta institución, *vid.* solo ESER, 1969, pp. 13-18; AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 1-11.

<sup>221</sup> Es célebre, en este sentido, la crítica de BECCARIA a la pena de confiscación general, aduciendo que «[l]as confiscaciones ponen precio a las cabezas de los flacos, hacen sufrir al inocente la pena del reo y conducen a los mismos inocentes a la desesperada necesidad de cometer los delitos» (1969, p. 68). Sobre ello, *vid.* el interesante trabajo al respecto de MAÑALICH RAFFO, 2011, pp. 252-257.

<sup>222</sup> Así, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981 pp. 616 s., 621, 624; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 34-36, 126 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 552-554, 562-564; el mismo, 2016 pp. 230 s., 235; VIZUETA FERNÁNDEZ, *RGDP*, (6), 2006, pp. 15-22; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 34, 42-44, 55. *Vid.*, en sentido similar, ESER, 1969, pp. 340-347; AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 102-104, 137-138; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 28 s., 41 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Diario La Ley*, (5495), 2002, pp. 4 s. (aunque considera inviable *de lege lata* la interpretación restrictiva aquí propuesta); FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, pp. 144, 152 s.; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, 2018, pp. 30, 56; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nms. 6156 s.; BACIGALUPO SAGGESE, 2019, p. 256; ESER/SCHLUSTER, 2019, nm. 21. *Cf.*, sin embargo, CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 124, 136-140, 177 s., 328, que, aunque comparte esta tesis en relación con el decomiso de efectos del delito, atribuye al de instrumentos una naturaleza propiamente penal, precisamente sobre la base de que este se extiende también a bienes de lícito comercio. Aún más radical en este sentido se muestra DÍAZ CABALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 13 s., que entiende que la incautación de cosas intrínsecamente peligrosas no es una función del decomiso, sino de otras instituciones propias del Derecho administrativo.

objeto de decomiso, en tanto «bienes», «medios» o «instrumentos»<sup>223</sup> las sustancias, útiles o maquinaria específicamente orientados a la comisión de los delitos mencionados<sup>224</sup>. Por el contrario, el dinero y otros bienes «de origen lícito» (art. 127 septies CP) o «de lícito comercio» (art. 128 CP) solo pueden ser decomisados en tanto *ganancias* procedentes del delito o transformaciones de estas.

Este decomiso «de seguridad» es, por así decirlo, «reipersecutorio»: «sigue» a la cosa peligrosa, sea quien sea su propietario, pues el interés en extraerla del tráfico es absolutamente independiente de esto último<sup>225</sup>. Su homólogo estructural más claro es, en este sentido, la expropiación forzosa: el mecanismo que permite al Estado apropiarse de bienes de titularidad privada «por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización» (art. 33.3 CE). Lo que diferencia el decomiso de efectos e instrumentos de la expropiación «ordinaria» es, sencillamente, el *deber de soportar* la pérdida de la cosa decomisada que el propietario tiene frente a la colectividad y que –al igual que cuando la Administración le causa un *daño*– permite al Estado privarle de ella *sin indemnización* (art. 32.1 LRJSP) en aras del interés público en extraerla del tráfico.

Pero el decomiso, al igual que la expropiación, carece de la naturaleza intencionalmente aflictiva y del contenido simbólico-comunicativo de reproche que, como vimos, caracteriza a las penas y las sanciones administrativas. Y esto es lo que explica que el deber del propietario de soportar la pérdida de los efectos e instrumentos del delito sin indemnización alguna *no presuponga su culpabilidad*, ni en el sentido penal del término, ni en el sentido lato del Derecho administrativo sancionador. Basta, a estos efectos, que se dé una situación en la que resulte *justo* que el interés público en la extracción de la cosa del tráfico se realice *exclusivamente a costa de su propietario*, en lugar de abonarle una indemnización que distribuya este coste entre los contribuyentes<sup>226</sup>. De este modo, no

<sup>223</sup> Como señalamos en la n. 214, la distinción entre tales categorías resulta prácticamente estéril.

<sup>224</sup> Curiosamente, la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial proporciona ejemplos muy similares de ambas formas de esta clase de «decomiso» en el ámbito extrapenal; *vid.*, en este sentido, p. ej., los artículos 139 LPI y 41.1.c y d LM.

<sup>225</sup> Así, FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 153.

<sup>226</sup> En este sentido, resulta interesante destacar cómo se fundamenta, en la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (en adelante, LEF), el derecho del expropiado al justiprecio. De acuerdo con ella, lo que recoge la LEF es, en definitiva, «una serie de supuestos realmente importantes, en los que [...] cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado, que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público, *no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado*». El «deber de soportar» la pérdida de la cosa característico del decomiso de efectos e instrumentos existe, precisamente, en todas las situaciones que no se ajustan a este patrón.

solo tiene el deber de soportar la pérdida de la cosa el autor *condenado* por el delito del que esta es (indiciariamente) efecto o instrumento, o por actividades delictivas relacionadas (art. 127.1 y 2, 127 bis, quinquies y sexies CP). También lo tiene el *acusado* por el delito –e incluso el *investigado* respecto del que existan «indicios racionales de criminalidad»– cuando el proceso penal no haya podido (todavía) concluir con una sentencia condenatoria, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 127 ter CP. Y lo tiene, por último, cualquier *tercero* que adquiera la cosa conociendo o teniendo motivos para sospechar «que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso» (art. 127 quater CP).

¿Qué hay, sin embargo, de los terceros que adquieren *de buena fe*<sup>227</sup> una cosa de procedencia ilícita (o que ha sido utilizada como instrumento para la comisión de un delito), cuya *peligrosidad intrínseca* hace aconsejable extraerla del tráfico? Supongamos, por ejemplo, que Ana falsifica un bolso, haciendo pasar hábilmente la falsificación –cuyo precio de mercado no supera los 50 euros– por un conocido modelo de la marca *Loewe* valorado en 2.000 euros, y por este precio se lo vende a Beatriz, cometiendo, con ello, sendos delitos contra la propiedad industrial (art. 274 CP) y de estafa (art. 248 CP). De haber conocido Beatriz la falsedad del bolso, o haber tenido motivos para sospecharla, no cabría duda de la posibilidad de decomisárselo con base en el artículo 127 quater CP: el falso *Loewe* es un efecto del delito cuya simple existencia lesiona el derecho de marca de la firma, por lo que existe un claro interés público en extraerlo del tráfico; un interés que, evidentemente, *no desaparece* por el hecho de que Beatriz sea una adquirente de buena fe. Su buena fe tiene, sin embargo, importantes consecuencias a los efectos que aquí interesan, en la medida en que no permite entender que Beatriz tenga el *deber de soportar* que se le confisque el bolso sin la correspondiente indemnización. De esta forma, al Estado únicamente le quedará una vía legítima para extraer el falso *Loewe* del tráfico: su expropiación forzosa<sup>228</sup>, abonando a Beatriz un justiprecio de 50 euros (el valor real de la falsificación)<sup>229</sup>. De acuerdo con el tenor literal del artículo 127 quater CP, esta parece ser la única solución posible tanto cuando el tercero de buena fe adquiere la cosa a *título oneroso* –como en el ejemplo–, como cuando lo hace a *título lucrativo*<sup>230</sup>.

<sup>227</sup> Esto es: ignorando su procedencia ilícita o que el motivo de la transmisión era evitar su decomiso, y no teniendo motivos para sospecharlo.

<sup>228</sup> Así, CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 70.

<sup>229</sup> Los 1.950 euros restantes serán, por supuesto, un daño cuya indemnización podrá Beatriz reclamar a Ana en el propio proceso penal, como responsabilidad civil «derivada del» delito de estafa del que ha sido víctima.

<sup>230</sup> Así puede inferirse, en efecto, del hecho de que el artículo 127 quater.2 CP establezca una presunción de mala fe en caso de adquisición a título total o parcialmente gratuito, lo que no puede más que revelar que la buena o mala fe del adquirente (respecto del origen de los bienes o el motivo de transmisión) *también es relevante* en este caso. La solución legal de proteger en la misma medida, a estos efectos, al adquirente de buena fe a título

Los daños derivados del decomiso de efectos e instrumentos del delito son, en fin, daños que el Estado inflige al propietario de una cosa, al expropiársela *sin indemnización*, para satisfacer el interés público en que sea retirada del mercado. Hemos dicho que la ausencia de indemnización se debe al hecho de que el propietario tiene el *deber de soportar* la pérdida de la cosa, lo que equivale a decir que no tiene el derecho a que el coste que esta pérdida le supone termine distribuyéndose entre todos los miembros de la sociedad. Pero que el propietario tenga, en este sentido, un deber de soportar el daño *frente a la colectividad* no significa que tenga una especie de deber «absoluto» de soportarlo: a diferencia de lo que sucede en el ámbito sancionador, nada en la finalidad del decomiso de efectos e instrumentos parece oponerse a la posibilidad de que quien lo sufre sea indemnizado por *un tercero*, diferente del Estado<sup>231</sup>. Desde este punto de vista, no existe, a nuestro juicio, ninguna razón de orden público por la que deba considerarse *ilícito* (art. 1255 CC) el aseguramiento de los daños derivados de esta clase de decomiso; incluyendo, por tanto, la cobertura de este riesgo por parte de un seguro *D&O*.

Procede aquí, sin embargo, realizar dos matizaciones de orden práctico. La primera es que, teniendo en cuenta el limitadísimo alcance que aquí se ha reconocido al decomiso de efectos e instrumentos, resulta extremadamente difícil de imaginar un supuesto en el que los administradores de una sociedad de capital –al menos, de una dedicada al desarrollo de un objeto *lícito*– puedan verse sometidos, en el ejercicio de sus funciones, al riesgo de que *sus propios bienes* resulten decomisados por esta vía. La segunda es que, aun en el improbable caso de que este supuesto se diera en la práctica, el «principio de ganancias brutas» por el que, como enseguida veremos, ha de regirse el decomiso de ganancias<sup>232</sup>, tendría que conducir en este caso a considerar la indemnización abonada por el seguro al administrador una *ganancia* (decomisa-

---

oneroso y a título lucrativo es coherente con el hecho de que la LEF no prevea regímenes diferenciados para la expropiación de las cosas adquiridas por uno u otro título.

Huelga decir, por lo demás, que no cabe «decomisar privadamente» estos bienes al tercero de buena fe por la vía del artículo 122 CP: teniendo en cuenta que el decomiso de efectos e instrumentos del delito (de acuerdo con la interpretación aquí defendida) tiene como finalidad, precisamente, la de extraer estos objetos del tráfico, la solución de atribuirselos a la víctima del delito resultaría sencillamente grotesca; por no hablar de que, en la mayoría de los casos, no existirá víctima individual alguna, al proceder los efectos e instrumentos decomisables de delitos contra bienes jurídicos colectivos.

<sup>231</sup> De esta forma, el decomiso «de seguridad» se llevaría a cabo de la forma *menos aflictiva posible* para el propietario de la cosa, en la línea sugerida por autores como ESER, 1969, pp. 269-274, 358.

<sup>232</sup> *Vid.* n. 245 y el texto al que acompaña.



ble) del delito<sup>233</sup>. Siendo esto así, ninguna sociedad tomadora estaría dispuesta a pagar una prima a cambio de la cobertura de este riesgo.

Hasta aquí la razonable lógica del decomiso de efectos e instrumentos del delito como «expropiación de seguridad». Como anticipamos en la introducción a este apartado, nuestro CP regula asimismo, no obstante, una institución que no puede reconducirse a dicha lógica: el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos del delito contemplado en artículos 127.3 y 127 septies CP. Y es que, como es evidente, el interés que existe en extraer del tráfico los bienes intrínsecamente peligrosos, sobre los que recae el decomiso de efectos e instrumentos, no existe también (o, al menos, no necesariamente) en relación con «*otros bienes, incluso de origen lícito*» en la cantidad «que corresponda al valor económico» de aquellos. Salvo que el ámbito de aplicación de estos preceptos esté cubierto, al mismo tiempo por el del decomiso de ganancias –en cuya virtud, como vimos, la confiscación de dinero y bienes de tenencia lícita no plantea problema alguno<sup>234</sup>– resulta extremadamente difícil entender su función. Si una persona cultiva droga en un invernadero con la finalidad de destinarla al tráfico (art. 368 CP), con tan mala suerte de que el invernadero se incendia, el delito se descubre y la plantación queda totalmente destruida antes de que el autor haya podido obtener de ella ganancia alguna, ¿qué sentido tiene que este, *además* de verse sometido a una pena de prisión de uno a tres años y de tener que pagar una multa *del tanto al duplo del valor de la droga*, deba

<sup>233</sup> Nos confesamos, sin embargo, incompetentes para responder a la difícil cuestión de cómo podría decomisarse esta ganancia (por definición) *subsiguiente* al proceso penal en el que se ha acordado ya el decomiso de los efectos e instrumentos del delito. Una posible vía consistiría en la apertura de un procedimiento de «decomiso autónomo», aplicando por analogía los artículos 127 ter CP y 803 e y ss. LECrim, aunque este camino probablemente quedaría bloqueado por el efecto de *cosa juzgada* desplegado por la primera sentencia; así, claramente, DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 29-32, 68. Si bien esta solución resulta a todas luces insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal, a ella parece claramente conducir lo dispuesto en los artículos 803 ter e y p LECrim, a no ser que se interprete que la «causa de pedir» de la primera sentencia se cñe, en lo que aquí interesa, a los bienes cuyo decomiso *se hubiera solicitado* en el primer procedimiento (o, al menos, pudiera haberse solicitado de haber llevado a cabo una investigación diligente del patrimonio del acusado). En esta línea se orienta, precisamente, el artículo 803 ter u LECrim, aunque –como con razón nos ha hecho notar la Prof.<sup>a</sup> CARRILLO DEL TESO– lo que en él se prevé es, propiamente, una «cláusula de apertura» del propio procedimiento de decomiso autónomo, no del decomiso que se decreta en el proceso penal principal. Un argumento adicional en contra de la posibilidad de abrir un segundo procedimiento de decomiso –que debemos, esta vez, a una aguda observación del Prof. PUENTE RODRÍGUEZ– podría extraerse de la regulación del proceso de revisión de sentencias penales firmes, de acuerdo con la que el conocimiento sobrevenido de hechos y elementos de prueba despliega eficacia exclusivamente *a favor del reo* (art. 954.1.d LECrim).

<sup>234</sup> *Vid.* el texto que acompaña a la n. 224.

entregarle al Estado *este mismo valor* en dinero o su equivalente en bienes<sup>235</sup>?

Ciertamente, esta forma de decomiso se acompaña de un precepto, el artículo 128 CP, que parece no tener otra función que la de mitigar las injusticias –en particular, las poco disimulables infracciones del principio *non bis in idem*– que pueden resultar de su aplicación, estableciendo que

«cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso o decretarlo parcialmente».

Esta cláusula de proporcionalidad «con la naturaleza o gravedad de la infracción penal» parece aproximar el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos del delito a la lógica de las penas pecuniarias, lo que llevaría, a su vez, a considerar su aseguramiento contrario al orden público. Pero si se trata de una pena, ¿por qué permite el artículo 127 quater imponérsela a *terceros* ajenos al delito? ¿Y qué sentido tiene que, en caso de que se hayan satisfecho completamente las *responsabilidades civiles*, su imposición se vuelva meramente facultativa? Hasta donde alcanzamos, no resulta posible dar a estas preguntas una respuesta razonable. El decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos se presenta, así, como una institución *internamente incoherente*, cuya finalidad –si es que responde a alguna– resulta extremadamente difícil de dilucidar, y mucho más aún de fundamentar legítimamente. Por ello consideramos que su completa derogación sería su destino más aconsejable *de lege ferenda*<sup>236</sup>.

## 6.2 DECOMISO DE LAS GANANCIAS PROCEDENTES DEL DELITO (Y DE SUS TRANSFORMACIONES)

Como anticipábamos en la introducción a este apartado, la principal diferencia entre el decomiso de efectos e instrumentos y el de ganancias radica en su finalidad. En efecto, como la doctrina recono-

<sup>235</sup> RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6167.1, llama la atención sobre la disfuncionalidad de esta consecuencia, aunque entiende que «es probable que esto se pueda solucionar en un estadio previo, pues es razonable pensar que en un supuesto como este no cabría ni siquiera ya el decomiso propio, por lo que seguir discutiendo sobre el decomiso impropio sería innecesario».

<sup>236</sup> Critican esta institución, en la línea aquí defendida, autores como CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 45, 61-69, 97, 128 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 573 s.; el mismo, 2016, p. 235; VIZUETA FERNÁNDEZ, *RGDP*, (6), 2006, pp. 26-31; FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 156; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, 2018, p. 56; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6167.1; BACIGALUPO SAGGESE, 2019, p. 256; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 44-46. *Vid.*, en sentido similar, DE LA MATA BARRANCO, 2017, pp. 942 s.; el mismo, *La Ley Penal*, (124), 2017, pp. 6, 9.

ce de forma prácticamente unánime, el decomiso de ganancias se orienta principalmente a eliminar los incentivos para la comisión de delitos con ánimo de lucro, garantizando, en la medida de lo posible, que el delito no pueda ser una empresa rentable (*crime does not pay*)<sup>237</sup>. A esta función disuasoria o, si se prefiere, preventivo-general, se une otra preventivo-especial, que tiene importancia, sobre todo, en el ámbito de la criminalidad organizada: la de evitar que las ganancias ilícitamente obtenidas se reinviertan para la comisión de nuevos delitos<sup>238</sup>. Desde este punto de vista, el decomiso de ganancias se aleja de la lógica del decomiso de efectos e instrumentos del delito y se aproxima a la propia del Derecho sancionador.

Esto no significa, sin embargo, que el decomiso de ganancias sea una sanción, ni mucho menos una pena, pues no comparte con estas instituciones dos elementos que les son consustanciales: su naturaleza *intencionalmente aflictiva* y la expresión simbólico-comunicativa de *reproche* por su parte<sup>239</sup>. El decomiso de ganancias

<sup>237</sup> *Vid.*, en este sentido, por todos, ESER, 1969, pp. 86, 284, 333 s.; AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 200-206, 240-241; LA MISMA, *RECPC*, (15-5), 2013, pp. 7 s.; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 49 s.; POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Diario La Ley*, (6948), 2008, p. 7; BLANCO CORDERO, *Diario La Ley*, (7569), 2011, p. 2; el mismo, 2012, p. 165; ROIG TORRES, *EPyC*, (36), 2016, pp. 232, 236, 268; CARRILLO DEL TESO, 2017; pp. 14 s.; LA MISMA, 2018, pp. 30 s.; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6158; ESER/SCHLUSTER, 2019, nm. 16. Así lo reconocen también VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 167; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 415; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 342, 352; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 4 s., 38 s., aunque defienden, en sentido contrario a lo aquí sostenido, que este sería un simple *efecto* del decomiso de ganancias, no su finalidad.

<sup>238</sup> Así, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 200-206, 240-241; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 49 s.; CARRILLO DEL TESO, 2017, pp. 14 s.; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, 2018, p. 30. También, aunque de forma algo más matizada, CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 346 s.

<sup>239</sup> En este sentido se manifestó muy claramente el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en su Auto de 14 de enero de 2004 (2 BvR 564/95); *vid.*, especialmente, párs. 56-81. Una traducción de los pasajes fundamentales de la resolución puede encontrarse en ROIG TORRES, *EPyC*, (36), 2016, pp. 223-224. Alcanza esta misma conclusión, aunque con base en un razonamiento parcialmente diferente, CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 352 s.; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 26-41, 58 s.

No se orienta en la misma línea, sin embargo, la jurisprudencia del TEDH, conforme a la que puede seguir sosteniéndose que el decomiso de ganancias *brutas* impuesto en un proceso *penal* como consecuencia de la comisión de un delito es una «pena» a los efectos del artículo 7 CEDH; *vid.* STEDH de 9 de febrero de 1995 (as. Welch c. Reino Unido), párs. 22-36. El TEDH se ha mantenido firme en esta línea: pese a haber negado el carácter penal de *otras* regulaciones del decomiso de ganancias a los efectos del mismo precepto, lo ha hecho siempre *distinguiéndolas* expresamente de aquella de la que se ocupó en su citada sentencia de 9 de febrero de 1995; *vid.*, en este sentido, la DTEDH de 10 de julio de 2007 (as. Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein), punto C. Otras resoluciones del TEDH no se refieren tanto a la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias como a la del *procedimiento* en el que se impone, a los efectos de la aplicación de los distintos apartados del artículo 6 CEDH. Respecto de esta cuestión, la tendencia del TEDH ha sido la de afirmar o negar la naturaleza penal del procedimiento dependiendo de que la confiscación de las ganancias se hiciera o no con base en una condena penal previa; *vid.* SSTEDH de 5 de mayo de 1995 (as. Air Canada c. Reino Unido), párs. 50-55; y 5 de julio de 2001 (as. Phillips c. Reino Unido), párs. 28-36; DDETDH de 27 de junio de 2002 (as. Butler c. Reino Unido), punto B; y 5 de julio de 2005 (as. Van Offeren c. Países Bajos); y SSTEDH de 1 de marzo de 2007 (as. Geerings c. Países Bajos), párs. 43-44; y 23 de septiembre de 2008 (as. Grayson & Barnham c. Reino Unido), párs. 37-50.

se mueve en el ámbito de la pura *prevención fáctica*. Solo supone la irrogación de un mal en la medida en que ello resulta necesario para disuadir; el dolor es aquí un mero «efecto colateral» de la prevención. Ello aleja esta institución de la lógica sancionadora y vuelve a acercarla, en cierto sentido, a la otra gran modalidad de decomiso: el de efectos e instrumentos. Y es que aquí puede, de nuevo, establecerse un fructífero paralelismo con la figura de la *expropiación sin indemnización*<sup>240</sup>: en aras de un interés público –allí, el de extraer del tráfico cosas intrínsecamente peligrosas; aquí, la disuasión de la criminalidad con móvil económico y el «drenaje» de los fondos de los autores de delitos, especialmente de las organizaciones criminales– el Estado se apropia de ciertos bienes pertenecientes a un particular, que tiene el *deber de soportar* su pérdida; ya sea por su implicación (indiciaria) en el delito del que (supuestamente) proceden (arts. 127.1 y 2, 127 bis, ter, quinquies y sexies CP), o por su conocimiento o desconocimiento imprudente del origen ilícito de las ganancias (art. 127 quater CP).

Buena parte de la doctrina ha tratado de expresar esta misma idea –o, al menos, de alejar el decomiso de ganancias de la lógica (y las garantías) del Derecho sancionador– argumentando que la naturaleza de esta institución es la de una medida civil de «eliminación de enriquecimientos injustos» o de «corrección de situaciones patrimoniales ilícitas»<sup>241</sup>. Se olvida, con ello, que el decomiso de

<sup>240</sup> *Vid.*, en esta línea, POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Diario La Ley*, (6948), 2008, p. 7.

<sup>241</sup> Así, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 620 s.; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 28 s., 35 s., 39 s., 49 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Diario La Ley*, (5495), 2002, pp. 5, 8; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 34, 127; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 552, 568-572; el mismo, 2016, pp. 230, 235; LANDROVE DÍAZ, 2005, p. 129; VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 166-171; FARALDO CABANA, *RP*, (20), 2008, pp. 153 s.; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 407; BLANCO CORDERO, *Diario La Ley*, (7569), 2011, p. 2; el mismo, 2012, p. 165; DE PABLO SERRANO, *ibid.*, pp. 113 s.; GÓMEZ TOMILLO, *ibid.*, pp. 57-59, 63-64; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley* (8667), 2015, pp. 6 s., 11 s.; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 352 s.; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 38-41, 58 s.; DOLZ LAGO, *La Ley Penal*, (124), 2017, pp. 2 s., 4, 6; FABIÁN CAPARRÓS, 2017, p. 430. Esta es, precisamente, la postura acogida en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde se dice literalmente, respecto de la figura (a estos efectos idéntica) del decomiso *ampliado* de ganancias, que «no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza *más bien civil y patrimonial*, próxima a la de figuras como el *enriquecimiento injusto*» (énfasis añadido). También se orienta claramente en esta línea la DTEDH de 10 de julio de 2007 (as. Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein), si bien merece la pena destacar que el pronunciamiento del TEDH se ciñe, en este punto, a la regulación *liechtensteiniana* del decomiso de ganancias, distinguiéndola expresamente de otras como la inglesa (*vid.* punto C de la decisión). Mención aparte merece la opinión de ESER. Durante la vigencia en Alemania del principio de ganancias netas, este autor destacó como defensor de una concepción del decomiso de ganancias como «cuasi-*condictio* compensatoria» (*quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme*); así, ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, pp. 84-87, 120-123, 284-299. No obstante, la abandonó con la adopción legislativa del principio de ganancias brutas, considerando ahora el decomiso de ganancias como una auténtica pena patrimonial; *vid.*, en este sentido, ESER/SCHLUS-TER, 2019, nms. 15-18.

ganancias tiene tan poco que ver con las penas como con las pretensiones civiles de restitución del «enriquecimiento sin causa» en sentido estricto, que, como vimos, en nuestro ordenamiento jurídico se reducen a una sola: la *condictio por intromisión*. Estas instituciones tienen finalidades y objetos completamente diferentes<sup>242</sup>. La *condictio* se orienta a la *reintegración* de derechos subjetivos con contenido de atribución: nace con la vulneración del derecho y su función –como la del resto de pretensiones reintegradoras– es la de *reajustar* el estado de cosas real a aquel que el Derecho garantiza a su titular, devolverle lo que es *suyo*. Por eso, el objeto de la *condictio* es la *licencia* que el titular del derecho habría cobrado al infractor por explotarlo lícitamente, nunca más (no se extiende, en su caso, al beneficio adicional obtenido por el infractor) y nunca menos (no requiere que este haya obtenido efectivamente beneficios de la explotación)<sup>243</sup>. Frente a ella, el decomiso de ganancias –de forma coherente con sus finalidades disuasoria y preventivo-especial– no exige en absoluto la intromisión en un derecho subjetivo, y menos aún en uno con contenido de atribución, sino simplemente la comisión de un hecho previsto como delito. El tan manido ejemplo del tráfico de drogas es la mejor muestra de que una y otra noción no tienen por qué coincidir. Por lo mismo, su objeto no es la licencia hipotética, sino el beneficio, en su caso, obtenido por el autor<sup>244</sup>: sin ganancias no hay decomiso de ganancias y, a su vez, el decomiso se extiende a *todas* las ganancias obtenidas por el autor (se haya enriquecido este finalmente o no con el delito)<sup>245</sup>.

<sup>242</sup> *Vid.*, en este sentido, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 227-242; DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 34, 47-49, 68; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 142-153.

<sup>243</sup> *Vid.* el texto que sigue a la n. 99.

<sup>244</sup> De hecho, ¿cuál sería, en este caso, la licencia hipotética? ¿Quizás el precio que el Estado habría cobrado al autor del delito por cometerlo impunemente? Que el simple planteamiento de esta pregunta resulte ridículo no debe sorprender: el Estado no tiene nada parecido a un derecho subjetivo cuyo contenido de atribución consista en la explotación en exclusiva del delito.

<sup>245</sup> Opinamos, en este sentido, en la línea defendida por la doctrina mayoritaria, que el decomiso ha de extenderse a las ganancias *brutas* percibidas por el autor, sin descontar los gastos en que este ha incurrido para obtenerlas; *vid.*, por todos, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 304-313; LA MISMA, *RECPC*, 2013, n. 83 (pp. 23 s.); DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 114-117; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 157-165; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6158. Aunque, como con acierto han sostenido VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 171 s.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 55-58, para evitar un «enriquecimiento injusto» del autor, bastaría con confiscarle sus ganancias *netas*, no es esta, como hemos argumentado, la finalidad del decomiso, sino principalmente la de *disuadir* de la comisión futura de delitos económicamente motivados. Tanto desde este punto de vista, como por las razones de índole *práctica* aducidas por los autores citados, el principio de ganancias brutas parece preferible al de ganancias netas. En contra de esta opinión se manifiestan, sin embargo, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 171 s.; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 416; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 55-58. BLANCO CORDERO, por su parte, aunque *de lege ferenda* se muestra partidario del principio de ganancias brutas (*Diario La Ley*, (7569), 2011, pp. 18 s.; *REDP*, (1), 2013, pp. 135-140), opina que es el de ganancias netas el que mejor se cohesiona con la regulación española vigente (*Diario La Ley*, (7569), 2011, pp. 16 s.). Otros autores, como POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Diario La Ley*, (6948), 2008, pp. 6 s., proponen aplicar un criterio u otro en función de la clase de delito de que se trate, reservando el principio de ganancias netas para «negocios que, incurriendo en delito en algún extremo, son legales en el resto de su estructura» (p. 7). Conviene aclarar, en cualquier caso, que –como apuntaremos enseguida en el texto y desarrollaremos con

Recapitulando lo dicho hasta este punto, resulta, pues, que el decomiso de ganancias es estructural y funcionalmente diferente de la *condictio* por intromisión. Desde el punto de vista *estructural*, su homólogo más claro es el decomiso de efectos e instrumentos, en la medida en que ambas instituciones adoptan, como hemos visto, la forma de una expropiación sin indemnización. Pero el interés público en aras del que el Estado decomisa es bien distinto en uno y otro caso: extraer del tráfico jurídico *cosas* intrínsecamente peligrosas, por un lado; y disuadir a los *potenciales autores* de la comisión de delitos con ánimo de lucro, reduciendo a la vez las posibilidades de reincidencia de la persona concretamente condenada por el delito, por otro. Esto permite afirmar que, desde la perspectiva *funcional*, el decomiso de ganancias se parece mucho más a una sanción que al decomiso de efectos e instrumentos, aunque no comparta la naturaleza intencionalmente aflictiva ni el componente de reproche propio de los instrumentos sancionadores. Y esto es lo que explica las diferencias que, a nuestro juicio, cabe establecer entre los regímenes jurídicos de una y otra clase de decomiso; diferencias que atañen tanto a su *funcionamiento* como a su *asegurabilidad*.

En lo que respecta al primero de estos planos, en el epígrafe anterior (6.1) nos referimos al carácter «reipersecutorio» del decomiso de efectos e instrumentos: esta clase de decomiso «sigue» a la cosa intrínsecamente peligrosa, porque su finalidad es, precisamente, la de extraer *esa cosa* del tráfico jurídico. Más allá del (inexplicable) decomiso «por equivalente» contemplado en los artículos 127.3 y 127 septies CP, el Estado no tiene, en este sentido, ningún interés en apropiarse, por esta vía, de otros bienes pertenecientes al autor del delito. El decomiso de ganancias, por el contrario, «sigue» a este último: aquí, el Estado no está interesado en ningún bien *concreto* del patrimonio del autor, sino solo en absorber el *volumen* de ganancias (brutas) que este ha obtenido con la comisión del delito, sea cual sea la forma en que se presenten en el momento del decomiso<sup>246</sup>. De ahí, por un lado, que tenga perfecto sentido en esta sede el decomiso de las *transformaciones* de las

---

mayor profundidad en el epígrafe 6.3 de este apartado— el principio de ganancias brutas no impide en absoluto descontar el importe de la *condictio* por intromisión debida (en su caso) al titular del derecho subjetivo con contenido de atribución infringido por el delito: el objeto de las pretensiones reintegradoras de carácter restitutorio no es propiamente una ganancia del delito, pues, en la medida en que *pertenece* al titular del derecho infringido, *nunca llega a ingresar* en el patrimonio del autor.

<sup>246</sup> En palabras de CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, n. 50 (p. 352), «[e]n el decomiso de ganancias lo relevante no es la privación del bien concreto en que se manifiesta la ganancia —al contrario de lo que ocurre con el decomiso de instrumentos y efectos— sino la supresión del enriquecimiento económico que supone ese bien». Así, ya MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 620 s.

ganancias originales, así como de dinero y bienes de tenencia lícita; y, por otro, que el decomiso de bienes de terceros *ex artículo 127 quater.1.a* proceda únicamente en caso de adquirentes de las ganancias *a título lucrativo*<sup>247</sup>.

Aunque el precepto no lo especifica, entendemos, en efecto, que esto es lo único coherente con la función eminentemente disuasoria de esta clase de decomiso. Para comprender por qué, basta, de nuevo, con imaginar un sencillo ejemplo: supongamos que Ana obtiene una ganancia de 120.000 euros con la venta de cocaína en el mercado negro. Con ese dinero, compra un coche de lujo que, meses después, vende a su amiga Beatriz. Beatriz compra el coche conociendo (o al menos teniendo motivos fundados para sospechar) que Ana lo ha adquirido con dinero procedente del narcotráfico. En este caso, Ana ha obtenido ganancias de un delito y las ha *transformado* en dos ocasiones sucesivas, de forma que *permanecen* en su patrimonio. Beatriz, por su parte, es, en efecto, la adquirente de mala fe –en el sentido del artículo 127 *quater* CP– de una de tales transformaciones: el coche. Parece evidente, sin embargo, que para disuadir a las personas como Ana de que trafiquen con drogas con ánimo de lucro y para dificultar a esta la comisión de nuevos delitos de esta clase, es a la vez *necesario* y *suficiente* con decomisarle *a esta* la ganancia bruta (transformada) del delito. Decomisar *además* el coche de Beatriz sería efectivamente posible: como consecuencia de su mala fe en la adquisición, esta tendría, en efecto, un deber de soportar que se le «expropiara» sin mediar la correspondiente indemnización. Sin embargo, sería *innecesario* desde el punto de vista preventivo, por lo que el decomiso no respondería a ningún interés público digno de tutela.

La situación es distinta, no obstante, cuando el tercero en cuestión adquiere las ganancias (o sus transformaciones) *a título gratuito*: cuando, en el ejemplo anterior, Ana no vende el coche de lujo a Beatriz, sino que se lo dona. Aquí la ganancia *sale* (aparentemente) del patrimonio de Ana para ingresar en el de Beatriz; un negocio que, hasta donde alcanzamos, puede responder a dos posibles finalidades. Puede, por un lado, que se trate, sencillamente, de una donación *simulada*, precisamente con la finalidad de evitar el decomiso del coche. En este caso, Beatriz es un simple testaferrero: la donación es nula por falsedad de la causa (art. 1276 CC), con lo que la ganancia nunca ha salido *realmente* del patrimonio de Ana. Resulta, en este sentido, indiferente decomisárselo a una o a la otra: en ambos casos, la confiscación del vehículo es necesaria (y suficiente) para que queden completamente satisfechas las finalidades del decomiso de ganancias. La segunda –y quizás menos probable– alternativa es que se trate de una donación *genuina*: que Ana haya cometido el delito precisamente con la finalidad de obtener el dinero que necesita para regalarle un coche de lujo a Beatriz; en otras palabras, con «ánimo de lucro *ajeno*». Aquí, la ganancia

<sup>247</sup> Vid., en sentido similar, FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, pp. 148 s.; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley*, (8667), 2015, pp. 14 s.

(transformada) ha ingresado efectivamente en el patrimonio de Beatriz, pero, a diferencia de lo que sucede en caso de adquisición a título oneroso, decomisárselo a esta *sí es necesario* para que se realicen los fines de esta institución: careciendo ya de objeto la vertiente preventivo-especial del decomiso de ganancias –pues la propia Ana se ha privado a sí misma de los recursos adicionales para la reincidencia que le había proporcionado el delito–, confiscarle el automóvil a Beatriz (la adquirente a título gratuito) es la única manera de disuadir a quienes, como Ana, cometen delitos *en beneficio ajeno*<sup>248</sup>.

Pero la segunda y más importante diferencia entre una y otra forma de decomiso –al menos, a los efectos que aquí interesan– se refiere a su *asegurabilidad*. Como señalamos en el epígrafe anterior de este apartado (6.1), el aseguramiento de los daños que, para el propietario, se derivan del decomiso de efectos e instrumentos puede ser totalmente *irrelevante* en la práctica (amén de especialmente difícil de imaginar para el caso de un seguro *D&O*). Sin embargo, en la medida en que su cobertura resulta perfectamente compatible con la función que desempeña esta modalidad de decomiso, ha de considerarse, según creemos, perfectamente lícita. Parece evidente, no obstante, que del decomiso de ganancias puede afirmarse todo lo contrario: si se indemnizan los daños que este supone para el propietario, *se frustra completamente su finalidad preventiva*, tanto en el plano disuasorio como en el preventivo especial<sup>249</sup>. A estos efectos, la lógica de esta institución vuelve a alejarse de la del decomiso de ganancias y aproximarse a la de las sanciones. El aseguramiento de los daños derivados del decomiso de ganancias ha de considerarse, al igual que el de estas, ilícito por contrario al orden público (art. 1255 CC). Es más, aunque no lo fuera, cobraría fuerza de nuevo aquí –e incluso con más motivo– la segunda de las razones convertirían el aseguramiento de efectos e instrumentos del delito en una hipótesis casi inimaginable desde el punto de vista práctico: en la medida en que la indemnización abonada al propietario por la compañía aseguradora tendría que considerarse, sin duda, una transformación *decomisible* de la ganancia original, ningún tomador sensato estaría dispuesto a pagar por la cobertura de este riesgo.

Con ello, concluimos el tratamiento del decomiso de ganancias propiamente dicho. Pero no podemos poner fin a este epígrafe sin ocuparnos de los «homólogos» jurídico-privados que, como hemos

---

<sup>248</sup> Y no vemos ninguna razón para afirmar, como AGUADO CORREA, *InDret*, (1), 2014, p. 48, que dicha confiscación vulneraría «el derecho a la propiedad [de Beatriz] y el principio de proporcionalidad» (algo que la autora, por lo demás, se limita a declarar sin fundamentarlo en absoluto).

<sup>249</sup> Así, ESER, 1969, pp. 164 s., 374 s.



anticipado tantas veces a lo largo del trabajo<sup>250</sup>, esta institución tiene dispersos por el ordenamiento jurídico. Nos referimos a las normas que, en caso de vulneración de un derecho subjetivo, legitiman a su titular a apropiarse de todos los beneficios por el infractor a través de la intromisión, como el artículo 9.2.d LO 1/82, el artículo 227.2 LSC y el artículo 122 CP.

De hecho, este último contempla, a nuestro juicio, la «pieza» que le falta a la regulación penal del decomiso de las ganancias del delito o sus transformaciones a *terceros* distintos de su autor (indiciario): la posibilidad de «decomisárselas» también a quienes las adquieren a título gratuito *sin conocer ni tener motivos para sospechar su origen ilícito*, aunque esta vez atribuyéndoselas a las personas legitimadas (en su caso) para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, en lugar de al Estado<sup>251</sup>. El artículo 127 quater CP<sup>252</sup> –cuyo ámbito de aplicación ha de restringirse, a nuestro juicio, a las adquisiciones a título gratuito– no prevé esta posibilidad, que, sin embargo, tiene perfecto sentido desde el punto de vista de la disuasión de la comisión de delitos *con ánimo de lucro ajeno*. Piénsese, por ejemplo, en la madre enferma terminal que, ante la expectativa de su próximo fallecimiento, explota económicamente una patente ajena sin permiso de su titular y dona todas las ganancias obtenidas a sus hijos –demasiado jóvenes para conocer o siquiera sospechar de la actividad delictiva de su madre–, con el objetivo de proporcionarles sustento económico para cuando ella falte. Si la madre es descubierta y condenada por un delito contra la propiedad industrial (art. 273 CP), lo que permite el artículo 122 CP es que se atribuyan al titular de la patente infringida<sup>253</sup> los fondos de origen ilícito que aquella ha transferido al patrimonio de sus hijos; medida que, evidentemente, eliminará los incentivos para que personas como ella cometan en el futuro delitos con la misma finalidad<sup>254</sup>.

<sup>250</sup> Vid., sobre todo, nn. 101 s. y el texto al que acompañan.

<sup>251</sup> Se aproximan a esta idea CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 56 s.; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 10 s., 60 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 570-572; FARALDO CABANA, *RP*, (20), 2008, pp. 148 s.; AGUADO CORREA, *InDret*, (1), 2014, p. 50; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley*, (8667), 2015, pp. 8, 11 s., 13 s., 18 s.; DÍAZ CABIALE, *REPC*, (18-10), 2016, pp. 48 s., 61; FABIÁN CAPARRÓS, 2017, p. 444; DE LA MATA BARRANCO, 2017, pp. 944 s.; el mismo, *La Ley Penal*, (124), 2017, p. 8; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 114-116; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nms. 6165, 6167. Por su parte, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 174 s., propone en estos casos decomisar al autor (indiciario) del delito otros bienes por valor equivalente a la «ganancia» consistente en el ahorro que supone utilizar lo obtenido del delito, en lugar de bienes de origen lícito, para realizar el acto de disposición a título gratuito; una solución ciertamente ingeniosa, pero, a nuestro juicio, difícilmente conciliable con el tenor literal de los distintos preceptos implicados.

<sup>252</sup> Cuyo ámbito de aplicación ha de restringirse, como hemos argumentado, a las adquisiciones a título gratuito.

<sup>253</sup> Que, por supuesto, puede ejercitar también *contra la madre* la *condictio* por intromisión, exigiéndole el importe que le habría cobrado por una licencia para explotar lícitamente su patente.

<sup>254</sup> Lo que parece más discutible *de lege ferenda* es que, en esta clase de supuestos, los adquirentes de las ganancias tengan el deber de soportar su pérdida sin la indemnización que les correspondería en el caso de que les fueran expropiadas. Ciertamente, ello eliminaría por completo la eficacia disuasoria de esta medida. Sin embargo, no puede desconocerse la difícilmente justificable asimetría que la ley introduce, en este punto, entre el

La función de todas estas pretensiones es idéntica a la del decomiso de ganancias<sup>255</sup>, lo que, a nuestro juicio, ha de conducir necesariamente a afirmar la *ilicitud* de su aseguramiento<sup>256</sup>. En lo que aquí interesa especialmente, esto significa que la cobertura por parte de un seguro *D&O* de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad *ex* artículo 227.2 LSC ha de considerarse nula por contraria al orden público (art. 1255 CC)<sup>257</sup>; sin perjuicio, por supuesto, de la asegurabilidad de las pretensiones *reintegradoras* que la sociedad pueda ejercitar contra sus administradores en caso de infracción por parte de estos de su deber contractual de lealtad. Pero si todo esto es así, entonces lo que carece de sentido es precisamente el carácter *privado* de estos «decomisos de ganancias», a los que cabe dirigir, en este sentido, las mismas críticas que la doctrina ha vertido (con razón) contra la institución típicamente anglosajona de los *punitive damages*<sup>258</sup>. ¿Por qué se somete al principio dispositivo el ejercicio de una pretensión cuya finalidad es inequívocamente *preventiva*? Y, sobre todo, ¿por qué se *enriquece injustamente* al titular del derecho subjetivo infringido o al perjudicado por el delito, atribuyéndole las *ganancias* obtenidas por el infractor, en una medida superior a la que resultaría (en su caso) de la reintegración del derecho vulnerado<sup>259</sup>? Como señalábamos en

---

tratamiento de quienes adquieren a título gratuito bienes y efectos del delito –a los que, como vimos, solo les pueden ser decomisados en los supuestos previstos en el artículo 127 quater CP (*vid.* n. 230)– y el de los que adquieren de la misma forma ganancias del delito (o sus transformaciones).

<sup>255</sup> *Vid.* n. 105.

<sup>256</sup> Así también, aunque por razones relacionadas más bien con la inexistencia de un interés asegurable dado el carácter «ilícito» de la ganancia, GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 222-224.

<sup>257</sup> *Cfr.*, sin embargo, RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 274-276, que considera asegurable esta forma de responsabilidad, si bien constata la frecuente exclusión expresa de su cobertura en la mayoría de las pólizas *D&O*.

<sup>258</sup> De las que son buenos exponentes, entre otros, GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC*, (61-1), 2008, *passim* (especialmente, pp. 117, 121, 122, 142 s.); DEL OLMO GARCÍA, 2009, *passim* (especialmente, pp. 139 s.); GÓMEZ TOMILLO, 2012, pp. 33-53; DE ÁNGEL YAGÜEZ, 2012, *passim* (especialmente, pp. 51-159); y MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, 2016, *passim* (especialmente, pp. 39-54). De hecho, estos «decomisos privados de ganancias» son lo más parecido que existe en nuestro ordenamiento a una de las formas en que con mayor frecuencia se presenta institución: los llamados «*disgorgement damages*». Así lo ha sostenido, en relación con el artículo 9.2.d LO 1/82, DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 103 s. *Cfr.*, sin embargo, respecto del artículo 227.2 LSC, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *AJUM*, (39), 2015, p. 63.

<sup>259</sup> Así, BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, pp. 1277; el mismo, 1998, pp. 95 s.; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, p. 1173; DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 119 s., aunque este último, de nuevo, solo en relación con el artículo 9.2.d LO 1/82. La respuesta a esta pregunta podría ser que con ello se quiere *incentivar* a los particulares afectados a que persigan las correspondientes infracciones, ejerciendo como una suerte de «fiscales privados» y supliendo, así, la falta de recursos públicos para el desempeño eficaz de esta función. ¿Pero acaso no aumentarían estos recursos públicos si realmente se *decomisaran* (atribuyéndoselas al Estado) todas las ganancias resultantes de infracciones, en lugar de atribuirselas a particulares que no las merecen? Parece evidente, en fin, que ante la disyuntiva de invertir en fiscales públicos o en «fiscales privados», cualquier estado mínimamente progresista se decantaría por la primera de las opciones.

relación con el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos del delito, no existe –hasta donde alcanzamos– ninguna forma de dar a estas preguntas una respuesta razonable. Nos encontramos, de nuevo, ante una institución *internamente incoherente*, que habría de correr, a nuestro juicio, la misma suerte que aquella: la derogación<sup>260</sup>.

### 6.3 EXCURSO: ARTICULACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS PECUNIARIAS DEL DELITO

De todo lo señalado hasta este punto en el trabajo pueden extraerse, a nuestro juicio, consecuencias importantes en cuanto a las relaciones que guardan entre sí las diferentes consecuencias pecuniarias del delito –la multa, el decomiso, y las pretensiones indemnizatorias y reintegradoras de derechos que, en su caso, procedan– y cómo han de articularse unas con otras. Esta cuestión es objeto de una regulación parcial en dos preceptos del CP: los artículos 126 y 127 octies.3. El primero de ellos fija un orden de prelación (incompleto) en el pago de tales consecuencias, disponiendo, en lo que aquí interesa, la prioridad de «la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios» sobre las costas procesales y la de estas sobre la multa. Por su parte, el artículo 127 octies.3 CP establece que «los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente».

Esta parca regulación deja numerosos interrogantes abiertos: ¿qué posición ocupan las diferentes modalidades de decomiso en el orden de prelación de pagos? La valoración de la situación económica del reo (art. 50 CP) y de los beneficios que este ha obtenido del delito (art. 52.1 CP), a los efectos de la determinación de la pena de multa ¿tiene lugar antes o después del decomiso? Y en vista de que la responsabilidad civil *ex delicto* solo lo es, como hemos visto, en sentido amplio, abarcando en realidad desde pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto (indemnizatorias) hasta pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos (arts. 111 y 112 CP), e incluso un supuesto de «decomiso privado

<sup>260</sup> Ello sin perjuicio, por supuesto, de una posible expansión del decomiso (público) de ganancias fuera de los límites estrictamente penales, aplicándolo también a otra clase de ilícitos; una medida propuesta por autores como PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1972; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1174 s., 1189 s., cuya adopción sería quizás aconsejable *de lege ferenda*.

de ganancias» (art. 122 CP), ¿ocupan el mismo rango en la prelación de pagos todos estos supuestos de responsabilidad? ¿Y ha de destinarse el importe de lo decomisado (y no destruido) a la satisfacción de todas ellas indistintamente, o únicamente a la de las indemnizatorias?

Las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores del trabajo permiten, a nuestro juicio, dar una respuesta razonable y coherente a estas preguntas. No queríamos, por ello, dar por finalizado este apartado sin introducir un pequeño excurso sobre el sistema de articulación entre las diferentes consecuencias pecuniarias del delito –y el consiguiente orden de prelación entre ellas– que se extrae de lo defendido hasta este punto. Opinamos, en este sentido, que la prioridad absoluta ha de corresponder a las pretensiones civiles de *reintegración* de derechos subjetivos y, en particular, a la acción reivindicatoria y la *condictio* por intromisión. Salvo en los excepcionales supuestos de adquisición *a non domino* contemplados en el artículo 111.2 CP, el objeto de estas pretensiones *nunca llega a salir* propiamente del patrimonio del titular del derecho infringido, por lo que este tiene derecho a «separar» lo que es *suyo* del patrimonio del reo, sometido al resto de consecuencias jurídicas del delito<sup>261</sup>.

Una vez satisfechas estas pretensiones se debe, a nuestro juicio, decretar el *decomiso* de los bienes que procedan, bienes que, *en principio*, se adjudican al Estado. Este se apropia, por un lado, de los *efectos e instrumentos* del delito que, por su peligrosidad intrínseca para los bienes jurídicos, se destinarán normalmente a su destrucción (367 ter LECrim); y, por otro, de las *ganancias brutas* del delito que *sí han llegado a ingresar* en el patrimonio del reo. Se decomisa, por tanto, el importe de las ganancias del delito, una vez descontado el de las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos que, en su caso, se hayan satisfecho. Lo que resta del patrimonio del reo tras el decomiso se dedica a *indemnizar* los daños causados a los eventuales perjudicados y, acto seguido, los gastos que el Estado hubiera hecho por su cuenta en la causa (art. 126.1.2.º CP); pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto que, en la parte a la que *no alcance* la solvencia del condenado, se satisfacen con cargo al importe de los bienes decomisados y no destruidos<sup>262</sup>.

<sup>261</sup> Así, DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 15 s.; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 118-199, 138; y, en relación con el decomiso de ganancias, ESER, 1969, pp. 295-299. A la misma solución llega, con una argumentación diferente, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 169, 174.

<sup>262</sup> Cualquier solución distinta iría evidentemente en contra de las funciones disuasoria y preventivo-especial del decomiso de ganancias. Así lo sostienen, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 633 s.; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 69; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 65, 74 s.; FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 150;

Si, por el contrario, el reo sigue siendo solvente tras la correspondiente indemnización a los perjudicados, el importe de lo decomisado se destina a «lo que se disponga legal o reglamentariamente»<sup>263</sup>. El resto del patrimonio del condenado se dedica, por último, al pago de las *costas procesales*<sup>264</sup> y la *multa*<sup>265</sup>, teniendo en cuenta, para la determinación de esta última la situación económica del condenado *existente en ese momento*; descontando, en otras palabras, todo lo que este ha perdido en concepto de reintegración de derechos, decomiso, indemnizaciones y costas. Y el mismo principio ha de regir, a nuestro juicio, para la determinación de la multa *proporcional al beneficio* obtenido con el delito. Aunque somos conscientes de que esto supone privar completamente a esta pena de su operatividad práctica —el beneficio del delito post-decomiso de ganancias es necesariamente nulo—, cualquier otra solución conduciría, a nuestro juicio, a un intolerable «doble decomiso» de las mismas ganancias<sup>266</sup>.

## 7. LA ASEGURABILIDAD DE LOS GASTOS DERIVADOS DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y LA CONSTITUCIÓN DE FIANZAS CIVILES Y PENALES

### 7.1 INTRODUCCIÓN

Las pólizas *D&O* más corrientes en el mercado español contemplan por regla general tanto la cobertura de la defensa jurídica de los administradores (y directivos) asegurados, como la constitución de fianzas civiles y penales, entendido el término fianza en lo

---

FABIÁN CAPARRÓS, 2017, p. 446; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 291 s. *Vid.*, en el mismo sentido, la CFGE 4/2010, p. 20. *Cfr.*, sin embargo, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 122-124; DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 33-35; ALONSO GALLO/PUENTE RODRÍGUEZ, 2018, nm. 6395; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1) 2019, n. 14 (p. 6), que sostienen que el decomiso de ganancias solo ha de extenderse al beneficio procedente del delito que reste, en su caso, una vez satisfecha la responsabilidad civil *ex delicto*. Esta misma postura defiende, aparentemente, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6168.1, aunque, al contrario que este último autor, la crítica *de lege ferenda* (nm. 6168).

<sup>263</sup> Revisten especial importancia, en este sentido, la DA 6 LECrim, el artículo 2 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y el artículo 2 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

<sup>264</sup> Teniendo en cuenta siempre que, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.2 CP, «cuando el delito hubiere sido de los que solo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado».

<sup>265</sup> Defiende, sin embargo, la prioridad del abono de la multa sobre el decomiso RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6168.1.

<sup>266</sup> Así, CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 87 s.; *vid.*, en sentido similar, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 530-546; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, p. 131; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 113, 167, 319 s. *Cfr.*, sin embargo, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1) 2019, p. 54.

que sigue de un modo impropio, como sinónimo de garantía. Mientras que la asegurabilidad de los costes de defensa, como a continuación habrá de quedar de manifiesto, no plantea especiales problemas, sí parece cuestionable que la fianza carcelaria impuesta como condición para eludir una prisión provisional pueda ser asegurada sin perder con ello su sentido último en tanto que medida cautelar coactiva.

## 7.2 EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA

Es muy habitual que las pólizas *D&O* ofrecidas en el mercado español cubran también el daño que supone al administrador la defensa jurídica en el marco de cualquier procedimiento administrativo, judicial o de arbitraje<sup>267</sup>. Tales pólizas incorporan una modalidad autónoma de seguro de defensa jurídica (arts. 76 a-g LCS)<sup>268</sup>, cuya cobertura suele extenderse a todos los gastos derivados de la defensa jurídica del administrador o alto directivo, tanto los directamente vinculados con el proceso judicial, administrativo o de arbitraje (honorarios de procuradores y abogados, dictámenes jurídicos...), como aquellos gastos extrajudiciales indirectamente vinculados con la defensa jurídica (costes de desplazamientos...). La cobertura de estos seguros de defensa jurídica suele asimismo configurarse con independencia tanto de si al asegurado le corresponde una posición procesal activa (demandante, querellante...) o pasiva (demandado, querellado...); como de la naturaleza civil, administrativa o incluso penal del proceso. En la medida en que las consecuencias principales derivadas de aquel (sanciones, responsabilidad civil...) no quedan cubiertas por esta modalidad de seguro<sup>269</sup>, sino solo sus consecuencias accesorias, esto es, los daños patrimoniales que para el asegurado supone el proceso como tal<sup>270</sup>,

<sup>267</sup> Vid. TAPIA HERMIDA, *RARCS*, (54), 2015, p. 41.

<sup>268</sup> Acerca de la delimitación del seguro autónomo de defensa jurídica de los artículos 76 a-g LCS y la cobertura accesorio del riesgo de defensa jurídica en el marco del seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS), *vid.* RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 78 ss., 317 ss.; o LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 155 ss.

<sup>269</sup> El propio artículo 76 b) excluye de la cobertura del seguro de defensa jurídica «el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales». Sobre los gatos cubiertos por el seguro de defensa jurídica, *vid.* TAPIA HERMIDA, 2010, pp. 1868 ss.

<sup>270</sup> Es objeto de controversia la posibilidad de extender el seguro de defensa jurídica a las costas. En realidad, ello se explica por la controvertida naturaleza jurídica de estas. Quien entienda que aquellas tienen una función esencialmente sancionadora frente a la temeridad procesal habrá de negar su asegurabilidad. En este sentido parece apuntar VEIGA COPO, 2019, p. 1235. Es sin embargo mayoritario el sector doctrinal que les atribuye una función eminentemente reparadora y, por ende, admite su asegurabilidad. Al respecto, *vid.*, p. ej., LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 263 s.

su legitimidad, como la de cualquier otro seguro contra daños, no suscita especial controversia<sup>271</sup>.

### 7.3 LAS FIANZAS PECUNIARIAS Y CARCELARIAS

Por regla general, las pólizas *D&O* más usuales en nuestro país contemplan también la cobertura de las fianzas civiles y penales impuestas a los administradores y altos directivos a fin de garantizar que la eventual sentencia no acabe resultando *inutiliter data*<sup>272</sup>. En particular, y dado que la asegurabilidad de las fianzas cautelares impuestas en un proceso civil no plantea especiales problemas, nos interesa en lo que sigue tan solo la eventual asegurabilidad de las fianzas impuestas en el proceso penal, ya sea como medidas cautelares reales tendentes a asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse en el proceso penal (arts. 589 y ss. LECrim); ya sea como medidas cautelares personales impuestas con el fin de asegurar la sujeción del investigado al proceso penal (art. 531 y ss. LECrim).

Aunque las medidas tendentes a asegurar las responsabilidades pecuniarias que pueden acordarse en el proceso penal no tienen exactamente la misma significación que en el proceso civil (arts. 721 y ss. LEC), la asegurabilidad de aquellas, como mínimo cuando así se pacte expresamente<sup>273</sup>, no plantea especiales dificultades. Si la responsabilidad civil, también la *ex delicto*, es asegurable, con mayor razón habrán de serlo también aquellas fianzas que pretenden precisamente asegurar las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas (art. 764 LECrim)<sup>274</sup>, derivadas de la

<sup>271</sup> Vid. TAPIA HERMIDA, 2010, pp. 1815, 1861. En la doctrina alemana, sobre la importancia de los seguros *D&O* en el ámbito del Derecho penal económico, vid. FIEDLER, *ZWH*, (8), 2013, pp. 297 ss.

<sup>272</sup> Así, LA CASA GARCÍA, 2017, p. 252.

<sup>273</sup> Sobre la cobertura de tales fianzas en el marco de un seguro de responsabilidad civil o de defensa jurídica a falta de pacto expreso, con ulteriores referencias, vid. LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 264 ss.

<sup>274</sup> Sobre el alcance de los pronunciamientos patrimoniales que cubren las medidas cautelares resales, vid. el AAN 58/2016, de 19 de febrero, donde literalmente se afirma lo siguiente: «las medidas cautelares asegurarán los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase (art. 589 LECr), por lo tanto, no solo la responsabilidad civil ‘ex delicto’ derivada de la acción civil acumulada a la penal, sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial (pena de multa, costas procesales...)». Ello, evidentemente, supone una desnaturalización intolerable de la pena de multa, que es concebida aquí sin tapujos como una pena impersonal. Adviértase que esta fianza, reconvertida a la postre en pena de multa, la puede prestar un tercero, incluida una aseguradora. El problema ya ha sido advertido acertadamente por LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 263, 272, quien en buena lógica entiende inadmisibles la cobertura de las fianzas ordenadas a garantizar la ejecución de procedimientos de naturaleza penal: «la responsabilidad penal quedaría saldada por el propio asegurador, lo que pugnaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena». Algo distinto valdría para las costas siempre y cuando se les atribuya una naturaleza esencialmente resarcitoria. Vid. al respecto n. 270.

comisión de un delito<sup>275</sup>. De hecho, la propia LECrim contempla de manera explícita la posibilidad de que la fianza civil sea presentada por una tercera persona (fiador personal) o una entidad aseguradora (arts. 591 y 764.3 LECrim)<sup>276</sup>.

Más problemática es, sin duda, la posibilidad de que las pólizas *D&O* extiendan su cobertura a la fianza carcelaria, esto es, a la fianza económica impuesta en el marco de un proceso penal a fin de eludir el ingreso en prisión provisional como medida cautelar personal (art. 529 y ss. LECrim). También esta clase de fianzas suelen asegurarse en el marco de las pólizas *D&O* cuando son impuestas en un proceso en el que se enjuicia un hecho dañoso comprendido en la cobertura dispensada por el seguro de responsabilidad civil<sup>277</sup>. Ello, además, parece casar bien con la propia LECrim, que contempla de forma expresa la posibilidad de que la fianza carcelaria sea también prestada por un tercero distinto al presunto responsable de los delitos investigados (art. 534 LECrim). El artículo 535 LECrim establece asimismo que, si el fiador personal o dueño de los bienes de la fianza no presentare al rebelde en el término fijado, se procederá a hacer efectiva la fianza, declarándose adjudicada al Estado.

La posibilidad de que sea un tercero el que preste la fianza carcelaria impuesta como condición al investigado para eludir la prisión provisional no suscita mayores problemas para quien, como Nieva Fenoll, entienda que tales fianzas habrían de servir para que, «aunque escape el reo, los daños que haya provocado se vean cubiertos económicamente»<sup>278</sup>. Evidentemente, la impersonalidad de la fianza carcelaria parece más difícil de explicar para quien la conciba como una medida esencialmente disuasiva. Esta es, hasta donde alcanzamos, la forma más extendida de comprender la fianza carcelaria en la doctrina española: su pago habría de ofrecer al investigado una razón de peso para no sustraerse a la acción de la justicia<sup>279</sup>. Esta lógica disuasoria se desprende también de una parte de la regulación legal de la institución. De acuerdo con el artículo 531 LECrim, la determinación de la calidad y cantidad de la fianza habrá de hacerse tomando en cuenta las circunstancias que puedan influir en el investigado para ponerse fuera del alcance

<sup>275</sup> *Vid.* solo LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 262 ss., 264 ss. Sobre la fianza impuesta en el proceso penal para garantizar las posibles responsabilidades pecuniarias y su paralelismo con la fianza propia del proceso civil, *vid.* p. ej., MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, pp. 378 ss.; DOIG DÍAZ, 2019, pp. 315 ss., 321 ss.

<sup>276</sup> *Cfr.* MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, p. 378.

<sup>277</sup> En profundidad, LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 256 ss.

<sup>278</sup> NIEVA FENOLL, 2012, p. 166; el mismo, 2019, p. 266. Este autor, sin embargo, reconoce que en el ordenamiento vigente la fianza carcelaria sirve a asegurar la comparecencia del reo (p. 312).

<sup>279</sup> *Vid.*, p. ej., MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, p. 352.



de la autoridad judicial. Ahora bien, ¿puede desplegarse en el investigado un efecto disuasorio aquella libertad provisional que se sujeta a una fianza pagada por un tercero? Aunque el investigado ya no asume en tal caso el riesgo de menoscabo patrimonial en caso de no comparecer ante la autoridad judicial, cabría todavía afirmar que la medida cautelar no perdería su eficacia, pues la Administración de justicia contaría ahora con un tercero especialmente interesado en que el investigado compareciera. Y es que, de acuerdo con el artículo 535 LECrim, si el fiador personal o dueño de los bienes de la fianza no fuera capaz de presentar al rebelde en el término fijado sería él quien soportaría finalmente el menoscabo patrimonial. Lo relevante no sería tanto quién presta la fianza sino su correcta determinación: o bien se trata de concretar por qué cantidad de dinero al investigado ya no le interesa evadirse; o bien por qué cantidad de dinero aquel tercero dispuesto a prestar una fianza hará todo lo posible para que el investigado no se sustraiga a la acción de justicia<sup>280</sup>.

La compatibilidad del aseguramiento de una fianza carcelaria con la noción de orden público (art. 1255 CC) pasa por analizar el fundamento último de aquella institución<sup>281</sup>. En nuestra opinión, la fianza carcelaria tiene una naturaleza jurídica distinta a la llamada a garantizar en el proceso penal la ejecución de los pronunciamientos pecuniarios. Aquella, sin embargo, tampoco constituye una sanción en el sentido arriba referido<sup>282</sup>. A diferencia de la multa, en la fianza carcelaria no se trata de imponer intencionadamente un mal. De ahí, por ejemplo, que se cancele cuando ya no haya razón para mantener el estado coactivo que su imposición ocasiona (art. 541 LECrim). Pero esto, a diferencia de lo que suele señalar la doctrina<sup>283</sup>, tampoco significa que aquella sea asegurable. ¿O es que alguien admitiría el ingreso voluntario en prisión provisional del hermano del investigado? ¿Puede cumplir la fianza carcelaria su cometido central cuando es satisfecha por una aseguradora? Hasta donde alcanzamos, la respuesta ha de ser negativa<sup>284</sup>. Y es que el traslado del afianzamiento a un tercero libera a quien debe comparecer de toda la carga que se le pretendía imponer para garantizar su presencia en el proceso. El que la

<sup>280</sup> NIEVA FENOLL, 2012, p. 166.

<sup>281</sup> LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261.

<sup>282</sup> En este sentido, *vid.* LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261.

<sup>283</sup> Afirmando la asegurabilidad de la fianza carcelaria por no ser propiamente una sanción, *vid.* LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261; próximo, CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, p. 209.

<sup>284</sup> De otra opinión, sin embargo, LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261; CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, p. 209; TAPIA HERMIDA, 2010, pp. 1876, 1893; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, n 331 (p. 312).

aseguradora pudiera operar a modo de cuasi-funcionaria (policial), tratando de garantizar que el administrador efectivamente compareciera en nada afecta a la anterior conclusión, como tampoco lo hace la posibilidad legal que aquella pueda tener de exigir al administrador el reembolso de la fianza depositada. Bien mirado, lo uno y lo otro quedan siempre en manos de la libre decisión de un privado, con lo que admitir sobre esta base la asegurabilidad de la fianza carcelaria supondría dejar la dimensión disuasiva de la condición dispuesta por el juez para eludir la prisión provisional en manos de un particular. Así las cosas, el aseguramiento de la fianza carcelaria debería ser considerado incompatible con su fin inmediato y, por lo tanto, radicalmente nulo por contravenir el orden público (art. 1255 CC) en tanto que límite infranqueable para la autonomía privada.

## 8. CONCLUSIONES

1. Independientemente del alcance de la cobertura pactada en una póliza *D&O*, lo asegurable depende de su conformidad o no con el orden público (art. 1255 CC) y ello a su vez de que el aseguramiento resulte compatible con la función que desempeña la forma de responsabilidad de que se trate.

2. Son asegurables la responsabilidad civil en sentido estricto (resarcitoria), las pretensiones pecuniarias reintegradoras de derechos subjetivos –amén de los gastos derivados de su cumplimiento, en caso de que tengan como objeto otra clase de prestaciones– y la responsabilidad por deudas sociales (societaria y tributaria) en garantía de los derechos de los acreedores.

3. También son asegurables los daños que el propietario padece como consecuencia del decomiso de efectos e instrumentos del delito, pero su aseguramiento apenas tiene interés práctico en el ámbito que aquí interesa.

4. En ninguno de los casos anteriores existen límites de orden público al aseguramiento de las consecuencias del dolo del asegurado. El artículo 19 LCS ha de interpretarse como una norma dispositiva, limitada al dolo directo y encaminada a prevenir fraudes en un ámbito ya cubierto, en todo caso, por los artículos 10-12 LCS.

5. Las sanciones (administrativas o penales) no son asegurables. Dado que toda sanción se impone con el fin inmediato de irrogar un mal al responsable de un hecho ilícito, el desplazamiento de este mal a la aseguradora a través del contrato de seguro privaría a la sanción de su sentido. Cuestión distinta es que el legisla-

dor impropriadamente denomine «sanciones» a consecuencias jurídicas perjudiciales que recaen sobre quien no ha cometido –culpablemente– un ilícito. Aquellas pueden ser asegurables, pero no son sanciones en el sentido material aquí acogido.

6. Y exactamente lo mismo que para las sanciones vale para el decomiso de las ganancias procedentes del delito (y sus transformaciones) cuya finalidad preventivo-general y especial se vería igualmente frustrada por el aseguramiento.

7. Mientras que los costes derivados de la defensa jurídica, al igual que las fianzas pecuniarias, son con carácter general asegurables, no lo son las fianzas carcelarias. Entendidas estas como un mecanismo esencialmente disuasorio, consideramos que el traslado del coste de la fianza a la aseguradora priva a la medida de su efecto coactivo sobre el investigado o acusado y, por ende, de su finalidad esencial inmediata.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa: «Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *InDret*, (1), 2014.
- «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: «garantizar que el delito no resulte provechoso»», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15-5), 2013.
- *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.
- ALONSO GALLO, Jaime; y PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: «Responsabilidad civil derivada del delito», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal, 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 723-745.
- ALONSO SOTO, Ricardo: *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- ALONSO UREBA, Alberto: «Artículo 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», en Juana Pulgar Ezquerro *et al.* (coords.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Dykinson, Madrid, 2004 pp. 1432-1448.
- ALTENHAIN, Karsten: «§ 258 StGB», en Urs Konrad Kindhäuser *et al.* (eds.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- ARNAIZ SERRANO, Amaya: *La acción civil en el proceso penal: elementos subjetivos*, tesis doctoral (inédita), Universidad Carlos III de Madrid, 2004.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «El aseguramiento de las sanciones administrativas», en Juan Bataller Grau *et al.* (dirs.), *La reforma del Derecho del seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 151-178.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «Artículo 137. Adquisición realizada por persona interpuesta», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1061-1065.

- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: «Capítulo X. Las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito», en Juan Antonio Lascaraín Sánchez (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, 2019, pp. 256-266.
- BADILLO ARIAS, José Antonio: «Artículo 19», en José Antonio Badillo Arias (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 463-492.
- BAER, Miriam H.: «Insuring Corporate Crime», *Indiana Law Journal*, (83-3), 2008, pp. 1035-1096.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «La unidad del Derecho sancionador», en Antonio Cabanillas Sánchez (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, v. 4, Madrid, Civitas, 2002, pp. 6683-6696.
- BAKER, Tom: «Liability Insurance at the Tort-Crime Boundary», en David M. Engel y Michael McCann (eds.), *Fault Lines: Tort Law as Cultural Practice*, Stanford Law Books, Stanford, 2009, pp. 66-79.
- BAKER, Tom; y GRIFFITH, Sean J.: *Ensuring Corporate Misconduct. How Liability Insurance Undermines Shareholder Litigation*, University of Chicago Press, Chicago, Londres, 2011.
- «Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors & Officers Liability Insurance Market», *The University of Chicago Law Review*, (74), 2007, pp. 487-544.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «*Commodum ex negotiatione*: una mirada al § 285 BGB», *Revista de Derecho Civil*, (7-3), 2020, pp. 1-33.
- *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *Anuario de Derecho Civil*, (3), 1997, pp. 1263-1299.
- BASSO, Gonzalo J.: *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2019.
- BATALLER GRAU, Juan: «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 2572-2578.
- BAUMANN, Jürgen: *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Luchterhand, Neuwied, 1968.
- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas (con el comentario de Voltaire)*, DE LAS CASAS (trad.), Alianza, Madrid, 1969, (publicación original: 1764).
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 289-342.
- «Disposición final segunda. Reforma del Código de Comercio», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 3104-3114.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital», en Antonio García-Cruces González y Eduardo Galán Corona (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 15-26.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso en España», en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.), *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 385-427.
- «Garantizar que el delito no resulte provechoso». El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción», en Jesús María Silva Sánchez *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 903-914.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: «El decomiso de las ganancias de la corrupción», *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, (1), 2013, pp. 112-145.
- «La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 145-185.
- «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *Diario La Ley*, (7569), 2011.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Penas Privativas de Derechos», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 123-168.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro», *Revista de Derecho Mercantil*, (249), 2003, pp. 981-1014.
- CANO CAMPOS, Tomás: «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *Revista de Administración Pública*, (184), 2011, pp. 79-119.
- CARRILLO DEL TESO, Ana E.: *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad», en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.), *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 13-33.
- CASADO CASADO, Belén: *El Derecho sancionador civil. Consideraciones generales y supuestos*, Universidad de Málaga, Málaga, 2009.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos: «Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias», *Indret*, (1), 2019.
- «El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías», en Joan Queralt Jiménez y Dulce M. Santana Vega (coords.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 341-356.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel: *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001.
- COCA VILA, Ivó: «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», *Diario La Ley*, (9371), 2019.
- «Conflicting Duties in Criminal Law», *New Criminal Law Review*, (22-1), 2019, pp. 34-72.
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: «El quebrantamiento de condena: Una propuesta legislativa, la frustración de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45), 1992, pp. 113-164.

- CUERDA RIEZU, Antonio: «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (62), 2009, pp. 211-252.
- DEAKIN, Simon; y KOZIOL, Helmut; y RISS, Olaff: *Directors & Officers (D & O) Liability*, De Gruyter, Berlín, 2018.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Daños punitivos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- DE COSSIO, Manuel: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *La Ley Penal*, (124), 2017.
- «El fundamento del decomiso como «consecuencia» del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo», en Jesús María Silva Sánchez *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 939-948.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro: «La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 93-126.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo: «El aseguramiento de las sanciones», *Revista de Jurisprudencia*, (15.03.18), 2018, disponible online en: <https://elderecho.com/el-aseguramiento-de-las-sanciones> [última consulta: 02/07/2020].
- DE VICENTE REMESAL, Javier: «La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena», *Cuadernos de Política Criminal*, (113), 2014, pp. 45-104.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio: «Responsabilidad civil en el proceso penal: disfunciones, paradojas, ventajas», en Mariano Herrador Guardia (coord.), *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 457-522.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Director's & Officer's Liability in Spain», en Simon Deakin *et al.* (coords.), *Directors & Officers (D & O) Liability*, De Gruyter, Berlín, 2018, pp. 477-560.
- «Punitive Damages in Spain», en Helmut Koziol y Vanessa Wilcox (coords.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena, 2009, pp. 137-154.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio: «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-10), 2016.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: «El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso», *Diario La Ley*, (8667), 2015.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en Juan Antonio Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 235-254.
- DOIG DÍAZ, Yolanda: «Medidas cautelares reales», en José María Asencio Mellado (dir.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 315-334.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015», *La Ley Penal*, (124), 2017.

- DREHER, Klaus-Jürgen: «Versicherungsschutz für die Verletzung von Kartellrecht oder von Unternehmensinnenrecht in der D&O-Versicherung und Ausschluss vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzungen», *Versicherungsrecht*, (66), 2015, pp. 781-194.
- ELGUERO MERINO, José M.<sup>a</sup>: «Artículo 76», en José Antonio Badillo Arias (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1314-1368.
- «El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales», *Responsabilidad Civil y Seguro*, (28), 2008, pp. 47-80.
- ESER, Albin: *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1969.
- ESER, Albin; y SCHLUSTER, Frank Peter: «Siebenter Titel. Einziehung (§ 73 - § 76b): Vorbemerkungen», en Albin Eser (coord.), *Schonke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- ESPINÓS BORRAS DE QUADRAS, Álvaro: «Artículo 172.3», en José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs y Agustín Ferrer Barriendos (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal con concordancias, jurisprudencia y formularios*, t. III, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1781-1808.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: «La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015», en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.), *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 429-448.
- FARALDO CABANA, Patricia: «La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales», en Fermín Morales Prats (ed.), *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 515-529.
- *Money and the Governance of Punishment: A Genealogy of the Penal Fine*, Routledge, Londres, 2017.
- «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de capitales y contrabando», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (20), 2008, pp. 139-186.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2016.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José: *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)*, Comares, Granada, 1998.
- FERNÁNDEZ MANZANO, Luis Alfonso: «Aseguramiento de multas y sanciones», *Actualidad Aseguradora*, Tribuna, mayo 2008.
- FERNÁNDEZ MONTES-LLORD, Juan Luis: «El aseguramiento de las sanciones administrativas», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, (7), 2008, pp. 22-30.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «Artículo 172. Sentencia de calificación», en Esperanza Gallego Sánchez (coord.), *Ley Concursal: comentarios, jurisprudencia y formularios*, t. II, La Ley, Las Rozas, 2005, pp. 647-672.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: «La inhabilitación profesional del delincuente económico-empresarial», en Joan Carles Carbonell Mateu (coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 351-362.
- FERRER BARRIENDOS, Agustín: «Artículo 172.1 y 2», en José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs y Agustín Ferrer Barriendos (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal con concordancias, jurisprudencia y formularios*, t. III, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1770-1781.

- FIEDLER, Björn: «Die zunehmende Bedeutung der D&O-Versicherung im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts», *Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen*, (8), 2013, pp. 297-303.
- FLEISCHER, Holger: «§ 43 GmbHG», en Holger Fleischer *et al.* (ed.), *Münchener Kommentar GmbHG*, v. II, 3.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- FONT RIBAS, Antoni: «La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades», en José Antonio García-Cruces González y Eduardo Galán Corona (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 91-116.
- FREELAND, Alejandro: «Casum y prelación de facultades de injerencia en situaciones de necesidad», en Percy García Caveró y Alejandro Chinguel Rivera (coords.), *Derecho Penal y Persona. Libro-Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 367-388.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1589-1607.
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (73), 2020, pp. 467-522.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «La responsabilidad concursal», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 343-432.
- «Artículo 136. Adquisición originaria por la sociedad anónima», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1057-1061.
- «Título VI. De la calificación del concurso», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 2511-2613.
- «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial», en José Antonio García-Cruces González y Eduardo Galán Corona (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 48-90.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 15.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2017.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Deber de lealtad y enriquecimiento injusto», *Revista de Derecho Mercantil*, (317), 2020.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 21-64.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel; y SANZ RUBIALES, Íñigo: *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 4.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2017.



- GRACIA MARTÍN, Luis: «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica», en Luis Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 225-254.
- «Las consecuencias accesorias», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 533-588.
- «El sistema de penas en el Código penal español», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 57-90.
- «La pena de multa», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 169-224.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de punitive damages», *Anuario de Derecho Civil*, (61-1), 2008, pp. 113-146.
- GRUBE, Andreas: «§ 40 StGB», en Ruth Rissing-van Saan *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, v. 4, 13.ª ed., 2019, De Gruyter, Berlín.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, La Ley, Las Rozas, 2004.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Artículo 172.2.2.º Sentencia de calificación», en Juan Sánchez-Calero Guilarte y Vicente Guilarte Gutiérrez (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2865-2888.
- HEFT, Carolyn: «Public Policy and Directors' Liability Insurance», *Columbia Law Review*, (67), 1967, pp. 716-730.
- HILLENKAMP, Thomas: «Anmerkung», *Juristische Rundschau*, (2), 1992, pp. 72-76.
- «Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe», en Wilfried Küper, Ingeborg Puppe y Jörg Tenckhoff (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar*, De Gruyter, Berlín, 1987, pp. 455-470.
- HORN, Eckhard: «Ist die Versicherung gegen Vermögensschäden aus strafrechtlichen Sanktionen strafbar?», *Versicherungsrecht*, (45), 1974, pp. 1142-1145.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos: «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo «resolver» la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014.
- HORRER, Philipp; y PATZSCHKE, Andrew: «Strafrechtlicher Umgang mit Fremdzahlungen von Geldbußen, -strafen und -auflagen durch Unternehmen für ihre Mitarbeiter. Können sich Unternehmensverantwortliche strafbar machen, wenn ein Unternehmen Geldstrafen, Geldbußen und Geldauflagen für seine Mitarbeiter zahlt?», *Corporate Compliance Zeitschrift*, (3), 2013, pp. 94-99.
- HUERGO LORA, Alejandro: «Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas», en Alejandro Huergo Lora (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 15-60.
- *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial», *Anuario de Derecho Concursal*, (7), 2006, pp. 83-114.
- *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- «El seguro de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales del artículo 262.5 TRLSA (A propósito de la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de diciembre de 2002)», *Revista de Derecho Mercantil*, (254), 2004, pp. 1457-1482.

- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel: «Capítulo VIII. La culpabilidad y los sujetos responsables», en Manuel Rebollo Puig *et al.*, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 249-358.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «Disposición final 2.<sup>a</sup>», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, v. 2, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 2272-2279.
- KAPP, Thomas: «Dürfen Unternehmen ihren (geschäftsführenden) Mitarbeitern Geldstrafen bzw. -bußen erstatten?», *Neure Juristische Wochenschrift*, (44), 1992, pp. 2796-2800.
- KOCH, PHILIPP: *Naming and shaming im Kapitalmarktrecht. Die Veröffentlichung von Verstößen als repressive Sanktion*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- KNEPPER, William E.; BAILEY, Dan A.; y LANE, Stacy R.: «Chapter 23. Insurance: Directors and Officers Liability», en William E. Knepper y Dann A. Bailey (eds.), *Liability of Corporate Officers and Directors*, v. II, 8.<sup>a</sup> ed., 2019, pp. 23/1-23/53.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2017.
- «Artículo 73. Responsabilidad solidaria», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 667-674.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Por un Derecho penal solo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrador y sancionador», en Agustín Jorge Barreiro *et al.* (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 587-626.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl: «Garantías penales y sanciones administrativas», *Política Criminal*, (12), 2017, pp. 622-689.
- LLEBOT MAJÓ, Josep Oriol: «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Ángel Rojo Fernández-Río; Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 9-51.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel: «El orden público: modulo general delimitativo de licitud», en Lorenzo Prats Albentosa (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, v. 1, 1996, pp. 283-300.
- LOPERA VIÑÉ, Rut: «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», en Manuel Cancio Meliá *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1443-1459.
- MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Artículo 172. Sentencia de calificación», en Juan Sánchez-Calero Guilarte y Vicente Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, pp. 2833-2864.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La receptación civil», *Diario La Ley*, (8231), 2014.
- «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (34), 1981, pp. 613-634.
- *La pena de multa*, Excma. Mancomunidad de Cabildos, Madrid, 1977.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: «Beccaria: la pena como exclusión. «Destierros y confiscaciones» y «De la pena de muerte» en *De los delitos y de las penas*», en Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich Raffo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 251-287.

- MARTÍN CASALS, Miquel: «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 1231-1273.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando: «Título VI. De la calificación del concurso», en Juana Pulgar Ezquerro (coord.), *Comentario a la Ley Concursal*, La Ley, Las Rozas, 2016, pp. 1770-1872.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «El comiso de bienes propiedad de «tercero»: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales. (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)», *Derecho Privado y Constitución* (19), 2005, pp. 225-258.
- MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Cristina: *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ GALLEGU, Eva: «Artículos 172 y 172 bis», en Agustín Macías Castillo y Ramón Juega Cuesta (coords.), *Ley Concursal comentada*, 3.ª ed., Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 510-520.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía: «La relación entre culpabilidad y peligrosidad», en Mario Maraver Gómez y Laura Pozuelo Pérez (coords.), *La culpabilidad. I Seminario de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2019, pp. 115-199.
- «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad», *Revista de Derecho Mercantil*, (313), 2019.
- MCNEELY, Mary Coate: «Illegality as a Factor in Liability Insurance», *Columbia Law Review*, (41-1), 1941, pp. 26-60.
- MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, Pedro: *Daños punitivos: el «patito feo» de la responsabilidad civil*, Fe d'erratas, Madrid, 2016.
- MERINO JARA, Isaac: «Acerca de la responsabilidad tributaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco*, (24), 2006, pp. 13-35.
- MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción: «Artículo 60», en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Edersa, Madrid, 2000, pp. 723-724.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: «Societas peccare non potest... Nec delinqueret», en Silvina Bacigalupo Saggese *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 361-415.
- «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en Agustín Jorge Barreiro *et al.* (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.
- «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 2000, pp. 57-137.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «La responsabilidad por dolo», en Juan Antonio Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 717-746.
- MORENO CATENA, Víctor; y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- MORENO SERRANO, Enrique: «Disposición final segunda», en Juana Pulgar Ezquerro (coord.), *Comentario a la Ley Concursal*, La Ley, Las Rozas, 2016, pp. 2588-2601.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. XII, 2.ª ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, 5.ª ed., (reimpresión 2018), Tecnos, Madrid, 2012.
- NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho Procesal III: Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2012.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: «El comiso», *Diario La Ley*, (5495), 2002.
- OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío: *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2018.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: *La Responsabilidad Civil de los Auditores: Extensión, Limitación, Prescripción*, Edisofer, Madrid, 1996.
- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 2000, pp. 167-191.
- «La Constitución, el honor y unos abrigos», *Diario La Ley*, (2), 1996.
- «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, (237-238), 1994, pp. 239-253.
- «“Perseverare diabolicum”. (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la Democracia*, (19), 1993, pp. 6-10.
- «Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)», *Anuario de Derecho Civil*, (46-1), 1993, pp. 5-56.
- «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, (44-3), 1991, pp. 1019-1091.
- «Artículo 1902», en Cándido Paz-Ares Rodríguez *et al.* (coords.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1971-2003.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, (36), 2014, pp. 1-26.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: «Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Jesús María Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2019, pp. 283-316.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (39), 2015, pp. 43-65.
- «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, (4), 2003.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: «Autoría y participación en el delito» (lección inédita para la docencia no presencial), Universidad Autónoma de Madrid, 2020.
- «La pena: nociones generales», en Juan Antonio Lascurain Sánchez (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., 2015, pp. 255-293.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «El seguro de responsabilidad de administradores y altos cargos en «el caso Banesto». (Comentario a raíz de la STS 867/02 de 29 julio 2002 [RJ2002/6357])», *Revista de Derecho de Sociedades*, (20-1), 2003, pp. 193-205.
- *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999.

- POSNER, Richard A.: «A Theory of Negligence», *Journal of Legal Studies*, (1), 1972, pp. 29-96.
- POZUELO PÉREZ, Laura: *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998.
- POZUELO PÉREZ, Laura; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, (6948), 2008, pp. 4-8.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *Tratamiento penal del individuo imputable peligroso*, tesis doctoral (inérita), Universidad Autónoma de Madrid, 2020.
- «Consecuencias de carácter procesal del «fraude de etiquetas»: especial referencia a la libertad vigilada», *Revista General de Derecho Procesal*, (47), 2019.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1691-1700.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: «La pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio», en Patricia Faraldo Cabana y Luz María Puente Alba (eds.), *Las penas privativas de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 115-128.
- REBOLLO PUIG, Manuel: «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en Manuel Rebollo Puig (coord.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 843-866.
- «Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores», en Blanca Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 316-333.
- «Capítulo II. Concepto de sanción administrativa», en Manuel Rebollo Puig et al., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 57-104.
- «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 151-206.
- REBOLLO PUIG, Manuel; e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel: «Lección 7. Derecho Administrativo Sancionador», en Manuel Rebollo Puig y Diego Vera Jurado (dirs.), *Derecho Administrativo*, t. II, Tecnos Madrid, 2018, pp. 201-224.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando; y PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 65-263.
- RIBAS FERRER, Vicenç: «Artículo 226. Deber de lealtad», en Ángel Rojo Fernández Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1620-1626.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, (7705), 2011.
- *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROCA AGAPITO, Luis: *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- RODRÍGUEZ CELADA, Enrique: «La criminalización del fracaso empresarial», *InDret*, (1), 2017.

- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel: «Decomiso», en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2019, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 703-716.
- *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2016.
- ROIG TORRES, Margarita: «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española», *Estudios Penales y Criminológicos*, (36), 2016, pp. 199-279.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio: *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal: un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Akal, Madrid, 1982.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 639-686.
- «El seguro de responsabilidad civil de los administradores. 2.ª edición», *InDret*, (1), 2005.
- *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia: «Título VI. De la calificación del concurso», en Faustino Córdón Moreno y Julio J. Muerza Esparza (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 547-664.
- ROVIRA TORRES, Olga: *El quebrantamiento de condena*, Bosch, Barcelona, 1999.
- RUIZ ARRANZ, Antonio I.: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, (71-4), pp. 1351-1486, 2018.
- RUTTMANN, Peter: «D&O-Versicherungsschutz für Geldstrafen und -bußen», *Versicherungs Wirtschaft*, (2), 2015, pp. 50-53.
- *Die Versicherbarkeit von Geldstrafen, Geldbußen, Strafschadensersatz und Regressansprüchen in der D&O-Versicherung unter vergleichender Betrachtung der Rechtslage in den Vereinigten Staaten*, Verl. Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014.
- SÁEZ LACAPE, M.ª Isabel: «Artículo 36. Responsabilidad de quienes hubiesen actuado», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 432-439.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «La función preventiva del Derecho de Daños», en Pablo Salvador Coderch y Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 117-124.
- «Las funciones del Derecho de daños», en Pablo Salvador Coderch y M. Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 101-111.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: «Instrumentos de control social y Derecho de daños», *InDret*, (4), 2004.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «El Derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes», *InDret*, (1), 2005.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, (227), 1998, pp. 117-154.

- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Artículo 76», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1989, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1721-1799.
- «Artículo 19», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1989, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010 pp. 443-465.
- «El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles», *Revista Española de Seguros*, (107), 2001, pp. 393-419.
- «Artículo 76», en Miguel Motos y Manuel Albadalejo (coords.), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXXIV, v. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 619-676.
- «Artículo 19», en Miguel Motos y Manuel Albadalejo (coords.), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXXIV, v. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 270-286.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan; y TAPIA HERMIDA, Alberto J.: «La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento», *La Ley mercantil*, (10), 2015, pp. 85-97.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Responsabilidad por el déficit concursal del artículo 172 bis LC: criterios para su apreciación y la determinación de su alcance», en Mariano Herrador Guardia (coord.), *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 323-360.
- SANZ RUBIALES, Íñigo: «Imposición de sanciones administrativas y exigencia de responsabilidad patrimonial», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 257-289.
- SCHOLL, Amand: «Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte - ein altes Thema und noch immer ein Problem», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (12), 1999, pp. 599-605.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio: *Las penas en el nuevo código penal: ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; doctrina, jurisprudencia, derecho comparado y casos prácticos*, Comares, Granada, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «Los daños punitivos en la propiedad intelectual», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 65-91.
- SHARKEY, Catherine M.: «Revisiting the Noninsurable Costs of Accidents», *Maryland Law Review*, (64-1), 2005, pp. 409-460.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en Carlos García Valdés *et al.* (ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661-692.
- «¿«Ex delicto»? Aspectos de la llamada «responsabilidad civil» en el proceso penal», *InDret*, (3), 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: «El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, (2), 2006.

- SILVESTRE LÓPEZ, José Luis: «La responsabilidad tributaria (y II)», *Forum Fiscal*, (215), 2015, pp. 51-72.
- «La responsabilidad tributaria (I)», *Forum Fiscal*, (214), 2015, pp. 66-88.
- SPINDLER, Gerald: «§ 84 AktG», en Mathias Habersack et al. (eds.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, v. 2, 5.ª ed., 2019, Beck, Múnich.
- SUAY RINCÓN, José: *Sanciones administrativas*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1989.
- TAPIA HERMIDA, FRANCISO Javier: «El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (54), 2015, pp. 29-44.
- «Artículo 76, b). La exclusión legal del pago de multas y sanciones», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1882-1893.
- «Artículo 76, a). Noción del seguro de defensa jurídica», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1801-1881.
- TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO Javier: «Los seguros de lucro cesante», en Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales*, v. 8, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 597-621.
- «Seguro de lucro cesante», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1359-1456.
- TRAPERO BARREALES, María A.; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida», en Manuel Cancio Meliá et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. II, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1589-1603.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Los seguros con cláusulas de cobertura de sanciones. Las pólizas de administradores y directivos (D&O –Directors and Officers Liability Insurance–)», *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020.
- VEIGA COPO, Abel B.: *Tratado del contrato de seguro*, t. II, 6.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, (56-3), 2012, pp. 1107-1244.
- VILLAR EZCURRA, Marta: «La responsabilidad tributaria», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 577-637.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, (3), 2010, pp. 371-394.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a estas», *Revista Penal*, (19), 2007, pp. 162-177.
- «El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a estos», *Revista General de Derecho Penal*, (6), 2006.



- WERBER, Manfred: «Versicherungsschutz und Strafzweck», *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, (61), 1972, pp. 337-350.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La responsabilidad civil en el proceso penal», en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1105-1236.
- ZIPF, Hein: *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Luchterhand, Berlín, 1996.

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros\*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel Eugenia/SERRANO MOLINA, Alberto**  
(Dir.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Don José María Castán Vázquez*, Editorial Reus, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2019, 583 pp.

### A) Bio- y Bibliografía de José María Castán Vázquez

A la hora de homenajear a un gran jurista de nuestros días, recientemente fallecido, ¿cómo ha de valorarse, en la totalidad de sus dimensiones, la polifacética, rica y diversa personalidad que llegó a ser? Hoy el concepto de Escuela, a estos efectos, está evolucionando, con tendencia a difuminarse; siendo además escasos los que aquí mencionan expresamente la ascendencia paterna. ¿Cabría prescindir de la revolución digital que se difunde rápidamente en el mundo editorial y que, incluso, es el atrayente tema de uno de los trabajos incluidos? No obstante, aquí se valora la tarea impecable de un Fiscal de provincias, la abnegada dedicación de un Profesor universitario, primero en la Univ. Central, y luego en ICADE a lo largo de su compleja transformación, así como la amplia proyección castaniana, específicamente académica, dentro y fuera de nuestras fronteras, singularmente en Iberoamérica. El comentador solo puede ratificarse en su inicial impresión, plenamente satisfactoria, del fondo y forma de este volumen.

Sistemáticamente el volumen se abre con un breve prólogo de ambos Directores –y también autores–, seguido de un extenso capítulo biográfico que incluye una densa información bibliográfica debida a Antonio Pau, actualmente Consejero de Estado y Secretario General de la RAJL, completado con la emotiva semblanza del Padre espiritual, y también Profesor con José María Castán Vázquez (en adelante JMCV), D. Jesús Rodríguez Torrente. Luego se incluyen propiamente los Estudios de Homenaje (p. 41-583), caracterizados por su variedad temática, debidamente sistematizados, en su mayoría de autor único.

Es posible que los coeditores hayan experimentado alguna vacilación a la hora de redactar el frontispicio del volumen, tan elegantemente editado, igual que el recensor. Pero resultaba evidente la necesidad de precisar que JMCV

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

se inició en la Univ. Central como Profesor de Derecho Civil, obtuvo pronto la especialización comparatista en la Univ. de Estrasburgo y, durante su larga vida docente, enseñó y escribió, de modo singular y abundante, sobre Derecho de Familia, principal aunque no exclusivamente, en la Univ. Pontificia de Comillas (en adelante: UPCom). Rodríguez Torrente recuerda que JMCV vio la luz en Valencia el 10 abril 1923, se casó con doña Purificación Pérez Gómez, celebrando el matrimonio D. José López Ortiz, Obispo de Tuy. Tuvo cinco hijos en los que la saga jurídica se mantiene con fuerza. El autor calcula que escribió más de 60 artículos en 22 revistas especializadas, y, a su juicio, de toda su vida y obra, su mejor conquista no fue solo la sencillez amable de su persona, sino la fidelidad.

Pero la semblanza de Antonio Pau (p. 25-35) es la más rica en datos y singularidad de exposición. A su juicio JMCV comparte con Erasmo un carácter en que se fundían la seriedad y el humor: El *Manual del Caballero cristiano* pudo ser su manual de conducta. Su vocación principal fue la enseñanza y el estudio. La mayor parte de su vida la dedicó a leer, a explicar y a escribir (siempre en su vieja máquina, incluso las dedicatorias de los libros y las separatas, que hacía en pequeñas etiquetas adhesivas que luego firmaba a mano). Empezó dando clase en la Univ. Central, en la cátedra de don Blas Pérez González, ausente por sus sucesivos cargos políticos. En 1947 ingresó con el número 1 en la carrera fiscal, destinado a Segovia, su primer y único destino hasta 1959. Un decenio antes había iniciado su actividad docente, que nunca abandonó, siendo nombrado Profesor Ayudante y luego Encargado de curso. En 1964 se incorporó a ICADE, que inicialmente dependió de la Univ. Central, luego de Deusto, y finalmente de la Univ. Pontificia Comillas-Madrid. Allí explicó hasta su jubilación en 1992 *Derecho Civil, IV, Familia y Sucesiones*, con apoyo en la obra de su padre, que, en parte, había actualizado. En 1986 se creó la Escuela de Práctica jurídica de ICADE, siendo nombrado su Director. Al jubilarse en ICADE se le pidió un curso en el CEU, e impartió hasta trece seguidos. En 1994 se incorporó a la Univ. San Pablo, siendo designado en 1995, Director del Departamento de Derecho Privado. A partir de 1999 impartió dos cursos sucesivos sobre *Protección jurídica del menor*, y *El Derecho y la Tercera Edad*. En 2005 fue nombrado Emérito, concediéndosele la Medalla al Mérito.

En 1969 accedió al Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia, en el que desempeñó cargos simultáneamente. Realizó viajes internacionales para representar a España en numerosos Congresos (Beirut 1963, Bogotá 1968, Sassari 1981, Roma 1981, etc). Su colaboración con el Consejo de Europa le obligó a viajar a Estrasburgo, participando en la *Convención europea sobre el estatuto de los hijos nacidos fuera de matrimonio*, y en la *Resolución sobre la edad determinante de la plena capacidad jurídica*. Tenía la virtud de la laboriosidad, aprendida del ejemplo vivo de su padre.

Su primer libro fue su Tesis Doctoral sobre *La participación de la madre en la patria potestad*, con Premio extraordinario, publicada en 1957. En 1970 publicó su obra más extensa, *La patria potestad*, de 403 págs. Con un amplio estudio histórico y comparado, y abundante jurisprudencia. Luego su obra escrita consistió en participar en obras colectivas, siendo ejemplar la que realizó en los *Comentarios* de Albaladejo, y en artículos de revistas especializadas, y en algunas generales como *Arbor*, *Nuestro Tiempo*, *Verbo* o *Encuentros culturales*. Fuera de aquel ámbito, de especial valor son *El derecho al secreto de la correspondencia epistolar* y *La protección del concebido no nacido por el Derecho civil*.

Se interesó especialmente por Juan Sala Bañuls, gran jurista valenciano del s. XVIII; Portalis, coautor del Código de Napoleón; Pedro Gómez de la Serna, el primero de los hipotecaristas españoles; y, muy especialmente, Luis Vives, amigo y corresponsal de Erasmo, nacido en Valencia, como JMCV, en donde el homenajeado pasó los primeros años de la infancia. Su padre se había trasladado a esa Universidad, desde Barcelona, en 1921, permaneciendo allí la familia durante 12 años, hasta que en enero 1935 un Decreto de Azaña le nombró Magistrado de la Sala 5.<sup>a</sup> del TS. JMCV era valenciano por *ius soli*, pero aragonés *ius sanguinis*, lo mismo que sus padres, y se consoló de su lejanía viviendo intensamente la vida madrileña en la Casa de Aragón. También contribuyó decisivamente a la creación de la *Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, refundada en 1989, cuando se conmemoraba en Zaragoza el centenario de su padre. Pronto fue nombrado Académico de Honor. También se ocupó de juristas contemporáneos (Antonio de Luna, Díaz Moreno S. J.). Extenso y muy documentado fue su Discurso de ingreso en la RAJL (23 enero 1984) sobre *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, contestado por Antonio Hernández Gil, deteniéndose singularmente en Andrés Bello, que también era filólogo, ensayista y poeta.

La vida académica de JMCV fue muy intensa y prolongada. Desde joven, introducido probablemente por su padre, estudió en la Academia y solicitó su ingreso como socio colaborador, formando parte, durante más de 30 años, de la Comisión Asesora, encargada de revisar e informar los presupuestos. Desde 1991 a 1995 fue Vicesecretario General de la RAJL. En el último año fue elegido Secretario General, escribiendo el extenso estudio *Notas para la historia de la Biblioteca de la RAJL de 1832 al 2002*. La sección de Derecho Iberoamericano, que presidió, le sirvió para acoger a muchos juristas de estos países que visitaban el nuestro. Especialmente a Leo Valladares Lanza, Aida Kelmermajer y Carlos Cárdenas Quirós. El primero, destacado defensor de los derechos humanos en su país, había escrito *Las ideas jurídicas de Castán* (1975), ampliado en *Castán y los derechos humanos* (RCDI, septiembre-octubre 1989). A lo largo de su vida académica, JMCV contestó cinco Discursos de ingreso (Espín Cánovas, Ruiz Vadillo, Villapalos, Fernández Galiano y López Vilas). El de Fernández Galiano no se pudo leer por fallecer antes, convirtiéndose en necrología. También pronunció las de García Gallo, Bonet Ramón, Espín Cánovas y Marina, que fue la última intervención pública de JMCV en la Academia.

Desde 1984 a 2014 leyó Ponencias en los Plenos de Numerarios, sin fallar un solo curso. A partir de 2002 su vocación jurídica se trenzó con la literaria: *El sentimiento de justicia en Rosalía de Castro*, *La insolvencia en la literatura*, *El Derecho matrimonial en las obras de Cervantes*, *El testamento en el Quijote*, *La prodigalidad a través de la Literatura*, *Una visión del divorcio en un entremés de Cervantes*, *Benavente y sus ideas sobre la Justicia*, *La visión de las leyes en la literatura de Utopía*. Su gusto por la Literatura le llevó a escribir poemas. Destaca *Siete poemas para Chile* (1972). La poesía religiosa de JMCV tiene la misma raíz y el mismo tono que la del francés Gustave Thibon, al que dedicó un artículo publicado en *Verbo* (2001). Finalmente puede hablarse de su pasión por la música, especialmente por la ópera.

Hago mía la *laudatio* final de A. Hernández Gil: «*Porque es bondadoso, siempre mantiene viva la esperanza de un Derecho mejor o de una interpretación del vigente que realice los ideales de la paz y la armonía. Porque es*

*modesto*, lejos de darse por satisfecho con el acierto de la propia labor, se consideraba en la posición de aprender y de perfeccionar los propios conocimientos al servicio de la verdad. Y *porque es justo*, busca la justicia por los caminos de la razón, de la naturaleza de las cosas y de la experiencia, y tiene un acusado sentido de la alteridad, que es la constante entrega a los otros».

## B) Análisis sistemático de los Estudios de Homenaje

a) Estudios de Teoría del Derecho: Se incluyen ocho colaboraciones.

«Derecho viviente e ideología iusnaturalista (Interpretación y ciencia del derecho contemporánea)». Por Joaquín Almaguera Carreres, Prof. de Filosofía del Derecho, jubilado de la UPCom (p. 41-55). Análisis de la teoría del Derecho viviente y sus antecedentes. Relación con la doctrina del Derecho Natural. Interpretación del Derecho posmoderno.

«La codificación como instrumento valioso para la mejora de la calidad del ordenamiento». Por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, Prof. Asociado de Dcho. Internacional de UPCom (p. 57-71). Tema actualísimo de la recodificación o nueva codificación (UE, EEUU y Francia), proyectada sobre nuestro país. Proyecto y razonable propuesta de cuidar al menos las leyes generales o troncales de cada rama del público y privado ordenamiento (p. 71).

«Tres visiones del Derecho, la Literatura y la Utopía». Por Luis Bueno Ochoa, Prof. de Filosofía del Derecho de UPCom (p. 73-84). Con base en *Utopía* (1516) de Tomás Moro, *La Ciudad del Sol* (1623) de Tomasso de Campanella y *Comentarios Reales* (1609) del inca Garcilaso de la Vega, sintetiza: I. Prever: Algo así como mirar sin saber qué se podrá ver. II. El Derecho: entre las Leyes –o la Ley– y la Justicia. III. La Literatura entre el Derecho y la Utopía. IV. La Utopía entre la tentación y el peligro. V. Entrever: Algo así como seguir mirando sin ver del todo.

«El principio de la buena fe en la poesía». Por Antonio Castán Pérez-Gómez. Prof. de Derecho Procesal en UPCom (p. 85-101). La buena fe es un principio general de Derecho tan fácil de sentir como difícil de expresar. El autor lo analiza desde la voz de los poetas. Su selección es abundante, tomando por modelo final un poema de Caballero Bonald (p. 101).

«El humanismo jurídico en Castán Vázquez como camino hermenéutico». Por Miguel Grande Yáñez, Prof. de Filosofía del Derecho de UPCom (p. 103-115). El Humanismo jurídico guarda estrecha relación con la Retórica y la Hermenéutica. La equidad es mediación entre teoría y práctica. La equidad no solo es atenuación del rigorismo, sino como *fronosis* universal que domina toda interpretación jurídica. La América hispana sostuvo el humanismo jurídico frenando la influencia absoluta de las tendencias iuspositivistas. El Humanismo jurídico cristalizó en el papel decisivo de la argumentación. La sentencia es tanto explicación hermenéutica como lectura retórica persuasiva (p. 115).

«La equidad más allá del artículo 3.2 del Código civil». Por Antonio Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, Catedrático Derecho civil de la UNED (p. 117-128). Hay dos grandes tradiciones: la aristotélica de la *epiēkeia*, como justicia legal del caso concreto, y la romana de la *aequitas*, como una suerte de normatividad alternativa, que la situaría entre la ley y la justicia, o a su lado. Pero la *aequitas*, filtrada por el pensamiento cristiano, la asimila al *ius* y a la *iustitia* como normatividad autónoma. Hubo que esperar al pensamiento cristiano para que aquella se tornara ponderación del *ius strictum* a

través de la *benignitas*, la *pietas* o la *humanitas*. Concluye que deben existir mecanismos para que el *arbitraje de equidad* no contradiga normas imperativas básicas.

«La aplicación supletoria del Código civil al ordenamiento laboral». Por Carlos Molero Manglano, Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo, UPCoM (p. 129-138).

«El principio de cooperación jurídica internacional como fundamento del Derecho Internacional Privado estatal». Por José Ignacio Paredes Pérez, Prof. de Derecho Internacional Privado, UPCoM, (p. 139-151).

b) Estudios de Historia del Derecho. Se incluyen cuatro colaboraciones:

«Código, Fuero y Constitución: Una lectura problemática de una relación compleja». Por Miguel Ayuso Torres, Prof. de Derecho Constitucional, UPCoM (p. 155-166).

«Isidoro de Sevilla, ardiente espíritu enciclopédico y jurídico». Por Federico Fernández de Buján, Catedrático de Derecho Romano de la UNED (p. 167-178). Magnífica descripción –poco conocida– del Santo Arzobispo de Sevilla, último Padre de la Iglesia de Occidente. Su obra se convierte en una extraordinaria enciclopedia de cuanto llegó a su tiempo. Sus textos políticos y eclesiásticos son guía constante de los Concilios de Toledo. Sus obras, a través de Francia y los monjes irlandeses, llevan la cultura española a toda la cristiandad. Sus saberes abarcan la gramática, la historia, la literatura, el derecho, la filosofía y la teología. En 2000 Juan Pablo II le nombró Patrono de internet. Sus *Etimologías* son la primera Enciclopedia, y por ello puede ser considerado –estima el autor– precedente y origen de las modernas bases de datos.

«La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Don Manuel Alonso Martínez: La concesión del título de “Académico de Mérito”», por María Valentina Gómez Mampaso, Profesora jubilada de Historia del Derecho, UPCoM (p. 179-194).

«La jurisprudencia española en la prensa jurídica decimonónica: Los *Repertorios* de José María Pantoja», por Blanca Saénz de Santa María Gómez-Mampaso, Prof.<sup>a</sup> Adjunta de Historia del Derecho, UPCoM (p. 195-210).

c) Estudios sobre protección de la persona. Hay tres colaboraciones:

«La intimidad de la persona como derecho fundamental. Una reflexión en torno a los Cánones 220 y 642». Por D. José María Díaz Moreno, Prof. emérito de las Univs. Pontificias Comillas-Madrid y Salamanca (p. 213-226). Se refiere a la intimidad como derecho fundamental de las personas para centrarse en su presencia en los cánones citados del vigente Código de Derecho Canónico. El c. 220 recoge sustancialmente el artículo 12 de la Declaración de 1948. El c. 642 lo aplica a las pericias psicológicas en la Vida consagrada. Ambos son, a su juicio, expresión exacta de su obligatoriedad y vigencia.

«Tendencias actuales en materia de capacidad de la persona. Especial referencia a la capacidad del menor». Por María Linacero de la Fuente, Catedrática de Derecho civil, Univ. Complutense (p. 227-242). Concluye que la distinción entre capacidad jurídica y de obrar puede mantenerse, sin perjuicio de una interpretación dinámica y evolutiva según las Convenciones internacionales y la CE. La de obrar se expresa mejor por *conjunto de condiciones*

*de la persona*. La capacidad debe basarse en postulados éticos. En función del grado de autogobierno hay un sistema de apoyos que requieren una reforma necesaria y urgente, incluso el Anteproyecto de reforma. El niño va adquiriendo una capacidad gradual.

«Valoración de las palabras “gilipollas”, “mangante” y “chorizo” en el ámbito de la crítica política». Por Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho civil de la Univ. Complutense (p. 243-258). Examen crítico de la STS de 11 octubre 2017, que reitera una jurisprudencia constante, que incurre en notorios errores, de los que el autor había tratado ya.

d) Estudios sobre protección de menores. Incluye siete colaboraciones:

«La vuelta de las adopciones simples a España y la comunidad jurídica iberoamericana». Por Salomé Adroher Biosca, Prof.<sup>a</sup> de Derecho internacional privado de UPCOM (p. 261- 273). La Ley de Adopción internacional de 2007 ha culminado con las reformas de 2015, las cuales han permitido que las simples internacionales iberoamericanas, reconocidas o transformadas, hayan vuelto a España, incluyendo además la *adopción abierta*, figura hasta ahora desconocida.

«Responsabilidades familiares e interés superior del niño: ejercicio positivo de la parentalidad». Por M.<sup>a</sup> Isabel Álvarez Vélez, Prof.<sup>a</sup> Derecho Constitucional, y Clara Martínez García, Prof.<sup>a</sup> Agregada Derecho Administrativo (ambas de UPCOM) (p. 275-293). Todo desarrollo legislativo estatal referente a la familia deberá asegurar su máxima protección como institución social fundamental y, por ser medio esencial para el desarrollo de sus miembros, haciendo efectivo *el interés superior del niño*.

«El principio de igualdad entre el concebido y el nacido y la relación jurídica prenatal». Por María de los Reyes Corripio Gil Delgado, Prof.<sup>a</sup> Adjunta de Derecho Civil de la UPCOM (p. 295-308). La autora concluye: 1.º El principio de equiparación del no nacido y el nacido, que informa el Derecho español, reequilibra las posiciones jurídicas madre-hijo reconociendo al concebido como ser humano, y una relación jurídica prenatal para evitar leyes que la quiebran (aborto, procreación asistida); 2.º el principio de equiparación debe guiar el conjunto de derechos o titularidades básicas; 3.º el hecho natural de engendrar origina una relación única materno-filial, nutrida de derechos y deberes merecedora de protección superior. Las leyes españolas desfiguran tal relación al considerar el concebido como *cosa* o *no persona*; 4.º hay avances legislativos y jurisprudenciales que animan a estudiarlos y desarrollarlos (guarda pre-natal, medidas preventivas durante el embarazo, anonimato del parto en caso de renuncia temprana al hijo) (p. 306).

«Visión jurisprudencial de la imagen del menor en los medios de comunicación». Por Paloma Fisac de Ron, Doctora en Derecho y Licenciada en Periodismo (p. 309-329). Con base en la jurisprudencia del TC, TS, Instrucciones y Circulares de Fiscalía, sostiene que el menor goza de protección reforzada, que no debe desaparecer. La regla *general* es el consentimiento; la *especial* distingue entre imagen *inocua* y *dañina*; y la *extraordinaria*, que remite a las excepciones legales. Las accesorias en informaciones gráficas son las más discutidas.

«La protección de los menores víctimas de trata en España, cuestiones pendientes». Por Tania García Sedano, Magistrada suplente en AP (Madrid) y Colaboradora en UPCOM (p. 331-347). Concluye que el tráfico para adop-

tar debe ser prevenido y evitado, aplicando con rigor los Convenios internacionales, evitando realizarlos con países no firmantes del de La Haya, y con aquellos que no permiten controlar la situación familiar de menores y los consentimientos de sus padres.

«Adopciones irregulares y tráfico de niños». Por Blanca Gómez Ben-gochea, Investigadora del Inst. Univ. de la Familia (UPCom) (p. 349-363).

«Influencia del Derecho de Familia romano en nuestro ordenamiento jurídico: Particularidades procesales de la *adrogatio* romana». Por Salvador Ruiz Pino, Colaborador Asociado Derecho Romano (UPCom) (p. 365-377).

e) Estudios de Derecho de Familia. Contiene cuatro colaboraciones:

«La autonomía de la voluntad en el actual Derecho de familia español: La facultad de exclusión en el ejercicio de los cargos tutelares o de administración de los bienes del menor, del discapacitado o cualquier otro beneficiario de dichas medidas». Por Emelina Dávila Huertas, Doctora en Derecho y Abogada (p. 381-391).

«*El juez de los divorcios*, Castán y el Derecho actual». Por Isabel Eugenia Lázaro González, Prof.<sup>a</sup> de Derecho Internacional Privado (UPCom) (p. 393-408).

«Los regalos de boda». Por Carlos Rogel Vide, Catedrático de Derecho Civil (Complutense) (p. 409-424). Examen crítico de la STS de 11 octubre 2017, que reitera una jurisprudencia constante, que incurre en notorios errores tratados anteriormente por el autor.

«Algunas posibles consecuencias jurídicas de la convivencia marital con un tercero tras la separación o el divorcio». Por Alberto Serrano Molina, Prof. Adjunto Derecho Civil (UPCom) (p. 425-44). Estudia algunas consecuencias que la convivencia marital puede provocar y, en particular, 1) la extinción de la pensión compensatoria, 2) el derecho al uso de la vivienda familiar, y 3) la solicitud por el hijo de la emancipación judicial.

f) Estudios de Derecho Mercantil. Figuran cuatro colaboraciones:

«Las cláusulas suelo hipotecarias en la doctrina judicial». Por José María Elguero Merino, Prof. Asociado Der. Civil (UPCom), Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Académico correspondiente RAJL (p. 445-462). Completo estudio de las cláusulas suelo bancarias y de la evolución jurisprudencial, estableciendo cinco etapas, bien diferenciadas, en la doctrina de los tribunales. El carácter abusivo de la cláusula ha favorecido a los consumidores.

«La identidad digital soberana». Por Javier Ibáñez Jiménez, Prof. Ordinario Derecho Mercantil (UPCom) (p. 463-476). Examina la estructura tecnológica y naturaleza jurídica de los mecanismos de identificación digital soberana o autónoma disponibles usando tecnología de registro distribuido y firmas criptográficas en una cadena de bloques (*Blockchain*). Hace especial referencia al primer desarrollo español de esta tecnología, el *Consortio Red Alastria*, cofundado por el autor e internacionalmente reconocido como caso europeo por excelencia en el terreno de las redes de uso universal autorizado o con licencia. Se explica el sistema que desarrolla, su naturaleza y principales aspectos regulatorios en España.

«El derecho de separación por justa causa en el Derecho de sociedades de capital». Por Miguel Martínez Muñoz, Colaborador Asistente de Der. Mercantil (UPCom) (p. 477-490).



«El concepto de interés social en el Derecho societario español: Las teorías contractualistas e institucionalistas a debate». Por Pablo Sanz Bayón, Colaborador Asistente de Der. Mercantil (UPCom) (p. 491-511).

g) Estudios de Derecho Penal. Hay dos colaboraciones:

«El progresivo endurecimiento de la pena de prisión en el Derecho penal español». Por Manuel Gallego Díaz, Prof. Ordinario de Derecho penal (UPCom) (p. 515-527).

«Sobre la necesaria reforma del Código penal». Por Eduardo Torres-Dulce Lifante, Fiscal y Abogado (p. 529-536).

h) Estudios de Derecho Procesal. Hay tres colaboraciones:

«El informe oral ante los tribunales en España». Por Cristina Carretero González, Prof.<sup>a</sup> Agregada Derecho Procesal y de Oratoria y Redacción (UPCom) (p. 539-553).

«Aproximación a la independencia judicial». Por María Contín Trillo Figueroa, Colaboradora Asociada Derecho Procesal (UPCom) (p. 555-567). La legitimación democrática del Poder Judicial deriva directamente de la Constitución, que configura a la Justicia como independiente, sometida únicamente al Derecho y no a opiniones políticas. Ello no supone una especie de autómatas, aplicador del Derecho sin criterio política o ideología. El Juez debe tener una posición activa que solucione los problemas creativamente, pero dentro de la Ley.

«El convenio regulador, los pactos o acuerdos y la homologación judicial en las crisis matrimoniales: Análisis jurisprudencial». Por Marta Gisbert Pomata, Prof.<sup>a</sup> Agregada Der. Procesal (UPCom) (p. 569-583).

### C) Algunas observaciones metodológicas

La minuciosa y detallada descripción realizada en el apartado anterior muestra, indirecta pero evidentemente, el amplio abanico de Ciencias y especialidades que cultivan los colaboradores del presente volumen, y que contribuyen a enriquecerlo. Pero el lector atento echa en falta, sistemáticamente, un apartado comprensivo de materias tales como la protección de la persona, la protección de menores y el Derecho de Familia, las que merecían sin duda la inclusión de otro sobre *Estudios de Derecho civil*. Nadie puede negar que JMCV fuera civilista, tanto en los orígenes de su vida jurídica como en el transcurso de su larga existencia. Fue más que civilista –es rigurosamente cierto– pero también fue civilista. Observación que, por descontado, no mengua el interés y oportunidad del libro recensionado, y que, de alguna manera, pude bosquejar personalmente al poco de su óbito (*¿Cómo homenajear a José María Castán Vázquez?*, RJNot. octubre-diciembre 2017, núm. 104, p. 457-459).

Gabriel GARCÍA CANTERO  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza

**MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa:** *Los tesoros de valor histórico artístico: una nueva mirada a las teorías sobre su adquisición en caso de descubrimiento casual*, prólogo de Antonio PAU, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 151 pp.

### 1) Breve alusión previa al complejo contexto doctrinal civil actual del libro

El nuevo libro de la profesora Martín Meléndez sobre lo tesoros histórico artísticos incide en una de mis líneas de investigación, desde que me dediqué durante unos seis años a estudiar los hallazgos y los tesoros, tema de mi tesis doctoral, publicada en 1980 bajo el título «Ocupación, hallazgo y tesoro» y con prólogo de mi maestro, el profesor Lacruz Berdejo, quien también, por cierto, me había elegido ese tema para la tesis. Creo oportuno, para mejor situar y valorar la obra comentada, un breve recordatorio de los principales trabajos y monografías publicados sobre la ocupación y los hallazgos, que conforman entre todos un panorama de considerable complejidad, pese a tratarse de un ámbito en el que existe poca jurisprudencia.

El segundo libro extenso y enjundioso que apareció en nuestra doctrina sobre la ocupación, el hallazgo y el tesoro, fue el comentario de Fernando Pantaleón Prieto a los artículos 609 a 617 del Código civil, en los «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», de EDESA, dirigidos por el profesor Manuel Albaladejo, Tomo VIII, Vol 1.º, 1987, en un trabajo de casi seiscientas páginas. La monografía de Pantaleón fue muy crítica con mi tesis central, en la que yo proponía un concepto nuevo de ocupación más amplio y flexible que el tradicional, así como con la mayoría de las tesis y explicaciones parciales de ese intento de renovación general doctrinal al que me llevó mi trabajo. Con su crítica, este autor no solo me criticaba a mí, que empezaba entonces, como él, mi andadura como civilista, sino también al profesor Lacruz Berdejo, ya entonces civilista muy destacado, que había aceptado mis ideas y conclusiones en su manual de Derecho civil, en ediciones de 1979, 1988 y 1990, últimas ediciones las de 1988-1990 que redactaría él, que falleció en noviembre de 1989. El profesor Lacruz llegó a conocer el libro de Pantaleón, aunque no en profundidad, y lo elogió, en 1988, como obra «de gran calidad y pareja originalidad». Para mi crítica a la definición de ocupación de Pantaleón, véase mi trabajo en el «Código Civil comentado», Dir. Ana Cañizares y otros, Vol 2.º, 2.ª ed., 2016, pp. 42-43. Y para una crítica sintética de su monografía de 1987, *vid.* mi comentario a la STS de 22 de enero de 1990, en CCJC, n.º 22, 1990, n.º 584, pp. 217 a 247.

Manuales aparte, después de 1987, contamos con la monumental tesis de Juan Manuel Alegre Ávila, administrativista y hoy gran autoridad en materia de Patrimonio Cultural, titulada *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, en dos tomos de 1994, donde dedica, en el tomo 2.º (pp. 351 a 428), amplios desarrollos a los hallazgos arqueológicos, y a los libros sobre la ocupación mía y de Pantaleón, con mayor proximidad a las ideas de este último.

En 2011 publicó Miguel Lacruz Mantecón su libro «La ocupación imposible. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos», de 247 páginas, prologado por mí. Y en 2014 el autor volvió a escribir sobre la ocupación 66 páginas en el tomo 6.º del «Tratado de Derecho civil», dirigido por Joaquín Rams Albesa.

En 2013 apareció un segundo libro mío sobre la ocupación, que realicé debido a una amable invitación de Carlos Rogel, publicado en la editorial Reus y titulado «La ocupación explicada con ejemplos».

En 2014 apareció el libro de Klaus Jochen Albiez Dohrmann titulado «Ocupación, hallazgo y tesoro: reminiscencias civiles», en Tirant lo Blanch, monografía de 166 páginas.

## **2) La elección del tema u objeto de investigación y decisiones tácitas o expresas de la autora para su delimitación**

Lo explicado hasta aquí, mostrando un panorama bastante complejo sobre la doctrina civil más importante relativa a los hallazgos y a la ocupación, nos ayudará a entender que el tema del libro que comento de la profesora Martín Meléndez es tema difícil, bien elegido y bien delimitado como objeto de investigación. Es tema bien elegido por estar relacionado con institutos civiles que, aunque no tengan hoy gran importancia social, sí tienen una historia venerable y una dificultad mayor que la que se suele pensar. Recorro a autoridades para poner de manifiesto el interés del tema, ya que la conocida querencia que tengo yo por estas cuestiones me quita toda imparcialidad para esta afirmación. Pero pensemos simplemente en el caso del tesoro de Guarrazar, que nos describe el ilustre prologuista del libro recensionado, Antonio Pau, caso delicioso de complejidad inusitada y con alguna incidencia posible, acaso, hasta del Derecho internacional. O pensemos en el atractivo que debió tener el tema para Fernando Pantaleón, a mediados de los años ochenta del siglo pasado, civilista hoy prestigioso y destacado en nuestra doctrina. O que a Carlos Rogel se le ocurriera, en la Navidad de 2010, invitarme a escribir un segundo libro sobre la ocupación. Y quien haya leído el incisivo libro del profesor Luis Díez Picazo de 1973, titulado «Experiencias jurídicas y teoría del Derecho», con multitud de ediciones, acaso recuerde que el autor usó insistentemente el concepto de tesoro para explicar allí complejas cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas.

Por mi amplia afición a las materias sobre Patrimonio Cultural puedo afirmar que, en general, la doctrina existente es en ello amplísima y casi toda de administrativistas, aunque la haya también de algunos penalistas. Pues bien, en cuanto a los hallazgos arqueológicos son bastante pocos los administrativistas que se han atrevido en serio con el tema, y creo que eso algo tiene que ver con la especial dificultad que ofrece el mismo, por su mucha sustancia civil, para las mentalidades administrativistas. Con las características de monografía que la profesora Martín Meléndez ha querido y sabido darle a su libro, cabe afirmar también, por eso, que el mismo llena bien un vacío existente en esta concreta parcela del muy estudiado, menos en esto, Derecho del Patrimonio Cultural.

Otra de las decisiones tomadas por la autora para delimitar con acierto el objeto de su libro ha sido partir de la doctrina de Derecho civil sobre los hallazgos y tesoros, a pesar de que, como veremos, lo que principalmente le interesa a ella y es el objeto central de su libro es el estudio del «Patrimonio arqueológico», tal como lo reguló, sobre todo, la Ley del Patrimonio Histórico Español (LPHE, en adelante) de 1985, que para la autora es norma casi plenamente administrativa. Esta decisión es generosa y valiente, dadas las polémicas bastante complejas y no cerradas en las últimas décadas que existen en nuestra doctrina civilista sobre hallazgos y ocupación. La autora no

teme esa complejidad y demuestra haber llegado a conocer muy bien las cinco monografías (entendido el término aquí en sentido laxo) que existen sobre esta materia en nuestra doctrina, sin que falten tampoco en su libro citas, desde luego, tomadas de manuales de Derecho civil prestigiosos. Sin ese necesario y riguroso cimiento civilista, el libro difícilmente hubiera carecido de fallas y fragilidades.

La conclusión que considera preferible la profesora Martín Meléndez sobre el concepto de ocupación en nuestro Derecho es la de la noción de ocupación que yo había propuesto en 1980. Esta elección, que sin duda satisface a quien suscribe al haber sido tomada en una nueva y sólida monografía, hay que decir también que demuestra la personalidad y madurez de la autora, al ser muy consciente de que se alinea con una corriente doctrinal minoritaria hoy por hoy. Y es que debe afirmarse que, existiendo una compleja polémica sobre el concepto de ocupación, son varios los autores que, conocida la envergadura de los libros que intervienen en la polémica, se ponen, y podrá decirse que prudentemente, de perfil y prefieren no tomar partido. O también puedo afirmar que bastantes que sostienen, lo que es muy cómodo, la noción tradicional de ocupación, invocan para ello la autoridad de Pantaleón y su robusta monografía, siendo que, así, demuestran desconocer el contenido de esta y lo que de verdad defendió este autor en 1987, que fue un tercer concepto exclusivamente suyo, mantenido hasta hoy mismo. La autora rechaza expresamente el concepto de ocupación de Pantaleón, que sí ha localizado y transcrito con precisión (casi nadie más entre los que lo citan, que yo sepa, lo ha hecho) en su extensa monografía, y afirma que le sigue Albiez, lo que es en parte cierto, pero no del todo, dado que este autor, en su monografía de 2014, atribuye a Pantaleón el concepto mayoritario y tradicional de ocupación, lo que es inexacto. Además, el que acepte la autora mi concepto de ocupación la ha llevado también a aceptar mi explicación del concepto de tesoro y el de hallazgo, y que ambos suponen adquisiciones por ocupación, y además el primero de ambos conceptos, el de tesoro, lo ve, como yo, como hallazgo falto de dueño por antiguo. Además, explica de acuerdo con mi teorización, con gran claridad, que «primer ocupante» hay que considerar al que hace «lo difícil» o lo más significativo jurídicamente, y los diversos requisitos que yo propuse para el concepto de ocupación que considero correcto, y se ve con la lectura del libro completo, que ha interiorizado muy bien esas nociones y su especial utilidad a ciertos efectos, como, por ejemplo, para pensar sobre los hallazgos ocultos recientes, o para distinguir los tesoros arqueológicos de los casos en los que falta la nota de la antigüedad. Recordemos el *sapere aude* (atrévete a saber) de Kant, que se suele decir que sintetiza bien toda la Ilustración. La profesora Martín Meléndez se ha atrevido a pensar. Los debates jurídicos no se deciden a votos, por el número de seguidores de cada teoría, sino que se deberían decidir por el peso o valor intrínseco o calidad de los argumentos.

Por lo demás, la profesora Martín Meléndez, una vez que asume con plena consciencia esta actitud metodológica tan seria de sopesar con cuidado los argumentos relevantes de cada cuestión debatida, naturalmente, y como no podría ser de otra manera, en diversas cuestiones disiente de argumentaciones mías y acaso acepta las de otros autores, como de Pantaleón u otros. Por ejemplo, rechaza mi idea y noción de la accesión (noción amplia que yo había tomado de Dernburg) y prefiere la idea de Pantaleón de una «atracción real», que ella considera una especie de accesión impropia,

entendiendo que el dueño del lugar no adquiere su tesoro o parte del mismo hasta el descubrimiento (*vid.* en su libro, pp. 33 a 35). Y relacionado con ello, en la compleja cuestión, muy bien informada y explicada en el libro, de cómo se articulan en el régimen jurídico del tesoro los principios de ocupación y accesión, o de ocupación y «atracción real», entiende que la «idea clave» o regla general es la de «atracción real» y que la misma se produce en todos los casos de adquisición total o parcial del tesoro salvo en el del descubrimiento casual del tesoro por persona distinta del dueño de la finca, caso en el que, como excepción, sostiene, se adquiriría la mitad del tesoro por ese descubridor extraño y casual y por ocupación. De esta interpretación se puede afirmar que resulta, de las cinco posibilidades señaladas por la autora (*vid.* en su libro, pp. 34-35 y nota 24), la más respetuosa con la letra del articulado del CC. (art. 351) y con la de la Partida 3.<sup>a</sup>, título 28, ley 46, antecedente del CC. Y su interpretación es distinta, como bien señala la autora, de la explicación que yo he dado siempre y también de la que dio Pantaleón en 1987.

Un límite razonable que se pone la autora en su valiosa indagación de la dogmática de Derecho civil sobre la ocupación es no retroceder hasta cuestiones remotas históricas dogmáticas de esa doctrina civil. Lo considero razonable no porque esas cuestiones tengan poca importancia en la clarificación de los conceptos civiles vigentes, sino porque ese aspecto de la cuestión es acaso demasiado difícil para resumirlo en breve espacio y, sobre todo, porque ese estudio histórico dogmático queda ya demasiado lejos del propósito central de la monografía, que es el estudio de la regulación de los tesoros arqueológicos en la LPHE de 1985. Pero ello no permitiría afirmar que la monografía tenga el vicio, hoy tan frecuente en la doctrina civilista, de partir de una mentalidad o metodología ahistoricista, cuando no «adanista». Más bien del libro hay que predicar una acertada metodología historicista, puesto que dedica un estupendo capítulo entero, el segundo del libro, al estudio de los precedentes históricos de la señalada LPHE de 1985. Estos antecedentes históricos principales son el párrafo 3.º del artículo 351 CC., y las leyes de 7 de julio de 1911 y de 13 de mayo de 1933, con sus correspondientes reglamentos. Esta legislación cubre casi un siglo de nuestra historia y recibe un cumplido tratamiento en el libro, con la mejor información doctrinal y jurisprudencial existente.

Contempla también la autora en su estudio, aunque ya en el capítulo 3.º del libro, el Proyecto de Ley de defensa del Patrimonio Histórico Artístico Español del Gobierno de la UCD de 3 de septiembre de 1981, texto muy olvidado por muchos de los cultivadores de estas materias y que influyó en la redacción de la posterior LPHE de 1985, y que nos da bastantes claves, como nos enseña bien la autora en varias ocasiones, para su estudio y cabal comprensión. Durante ese siglo de vigencia de las normativas sobre hallazgos «interesantes» para el PHE de 1889, 1911 y 1933 se dieron muchos hallazgos arqueológicos importantes, y algunos de ellos fueron expropiados por el Estado aunque, al no haber producido pleitos importantes (salvo el hallazgo de la Dama de Baza, muy bien explicado en el libro: STS 22 marzo de 1976) no se recogen ni mencionan en los libros jurídicos. Esa historia del intervencionismo de signo cultural, muy interesante, son los arqueólogos los que la conocen. A mí me gustó el libro, por ejemplo, que fue su tesis doctoral, de Daniel Casado Rigalt, titulado «José Ramón Mélida (1856-1933) y la arqueología española», Real Academia de la Historia, Madrid, 2006, 509 pp.

Otra decisión de la autora que considero prudente y defendible es la de no entrar en su estudio en cómo la Administración responsable del Patrimonio cultural gestiona los tesoros arqueológicos de cuya custodia se encarga conforme a la legislación administrativa vigente. En primer lugar, y aparte de la misma cualificación de la autora como civilista, porque la LPHE de 1985 o sus copias autonómicas pueden estar más o menos modificadas en estos aspectos por las diversas leyes de Patrimonio Cultural de las diversas Comunidades Autónomas, y ello hubiera podido llevar a un análisis demasiado prolijo de pequeñas distinciones de interés escaso, al menos para los lectores civilistas del libro. Y en segundo lugar, porque los hallazgos de interés histórico artístico son declarados siempre por ministerio de la ley de dominio público (o «demaniales», según una terminología muy generalizada en la doctrina pero que unos pocos nos resistimos a aceptar), mientras que la generalidad de los bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico o Cultural son, según la LPHE, bienes meramente patrimoniales de los entes públicos o del Estado, lo que supone una diferencia importante y difícil de precisar que solo cabría abordar teniendo en cuenta lo más esencial de todas las leyes de Patrimonio Cultural, tanto las autonómicas como la estatal de 1985, hoy ya solo supletoria de las autonómicas. Este planteamiento más amplio que bien elude la autora llevaría a cuestiones espinosas como la medida en que la legislación sobre hallazgos arqueológicos incide o modifica la propiedad privada o, en particular, la medida en la que incide en el urbanismo. Sobre esto hay bastante doctrina, en general de modesto nivel de cultura civilista. Véase, por ejemplo, el estimable libro de Javier Bermúdez Sánchez titulado «El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica», Ed. Montecorvo, 2003, 180 pp. Y tiene utilidad, la parte del libro dedicada al patrimonio arqueológico de la profesora (fallecida) Carmen López Beltrán de Heredia, titulado «La Ley valenciana de Patrimonio cultural», Tirant lo Blanch, 1999, pp. 125 a 161. Acierta también la profesora Martín Meléndez en dejar fuera de su libro (pp. 55-56) todo lo relativo a las responsabilidades administrativas o penales en el tema. Lo que quizás pudo abordarse en el libro, pero ello resulta discutible, es la polémica existente sobre si fue o no acertado calificar los tesoros arqueológicos como de dominio público.

También veo acertado que la profesora Martín Meléndez se haya centrado en el estudio de la LPHE de 1985, sin pretender abarcar la totalidad de las regulaciones autonómicas sobre los tesoros o hallazgos de interés arqueológico. Aunque la LPHE está sustituida en su mayor parte, y derogada, por las diversas leyes de Patrimonio Cultural que han ido apareciendo en España desde los años noventa del pasado siglo, lo cierto es que las leyes autonómicas, en cuanto a las ideas de mayor enjundia, repiten o copian los conceptos de la LPHE. Así que las reflexiones sobre esta Ley estatal de 1985 sirven en gran medida para quienes tengan que aplicar cualquiera de las regulaciones autonómicas. Y la autora no deja de señalar algunas de las modificaciones más interesantes o importantes realizadas en esas leyes autonómicas sobre el esquema general que estudia y explica de la LPHE de 1985. Quizás, con todo, este sensato planteamiento tenga el riesgo de propiciar que los operadores jurídicos se olviden de reflexionar y aun de buscar las concretas regulaciones autonómicas que, aunque pobres en ideas y en originalidad, son finalmente las efectivamente vigentes. En tales descuidos han incurrido, por ejemplo, dos sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 2019, de 24

de abril y de 28 de mayo, aunque sobre materias de Patrimonio Cultural (no arqueológico), que tengo comentadas en una publicación escrita por encargo.

De que el libro no se va a ocupar del régimen jurídico de los pecios o de los tesoros arqueológicos de los barcos antiguamente hundidos nos advierte expresamente la autora (*vid.* p. 55). Es esta una difícil materia, de gran interés para nuestro país por la gran cantidad de pecios españoles que existen en muchos de los mares y océanos del mundo y sobre todo en el océano Atlántico (pecios de nuestra Flota de Indias), en la que inciden, sobre todo, el Derecho administrativo, el civil, el procesal y el internacional, tanto público como privado, pero con conexiones importantes con lo que ella estudia en su monografía. Las diferencias entre tesoros arqueológicos terrestres y marítimos son, con todo, más que suficientes para justificar que el libro se haya centrado solo en los primeros. A los segundos afecta la reciente Ley de Navegación Marítima de 2014, que adolece, por desgracia, de pobre cultura histórica y iusprivatista y aun de pobre conocimiento sobre el significado de los tratados internacionales aplicables a los pecios.

Y aquí es oportuno señalar un aspecto de mi pensamiento de 1980 sobre un punto importante de la doctrina de los tesoros, que no ha pasado desapercibido a los dos autores que han hecho una lectura más seria y profunda de esa monografía, como son Pantaleón (1987: pp. 377 a 381 y 517, nt. 127) y Martín Meléndez (p. 23 y allí la minuciosa nota 23). Ambos autores muestran cierta extrañeza de que defendiendo yo que para el tesoro deba exigirse siempre que sea hallazgo antiguo, no llegué a afirmar en 1980 con claridad que la antigüedad extinga la propiedad de lo oculto, y dejé abierta la posibilidad de que, según la jurisprudencia suele reconocer, acaso pueda reivindicarse lo oculto por los herederos del dueño originario, aunque afirmé también que podría ser defendible lo contrario. La razón de esta falta de clara y cierta conclusión mía en este punto estuvo en que yo percibí con claridad que este problema era un caso particular sobre la prescripción extintiva del dominio, lo que según una tradición romanista que precisamente se manifestaba en la jurisprudencia de los países de nuestro entorno sobre reivindicaciones de tesoros antiguos, inclinaba a pensar en el carácter perpetuo de la propiedad privada y en la idea de que el dominio no se extingue por prescripción extintiva ni por no uso, si aceptamos la distinción de ambos conceptos. Aunque esa idea romana no fue bien acogida en las reglas de la prescripción de nuestro CC.

Pues bien, esa falta de pronunciamiento expreso mío de 1980 me ha hecho consciente muchos años después, cuando me he ocupado del estudio del régimen jurídico de los pecios, de que fue acertada. En efecto, el Convenio de la ONU de Jamaica de 1982 sobre Derecho del mar, estableció (art. 303-3.º), rotundamente, que aunque los Estados, en todas las zonas marítimas que regula el propio Convenio, deben proteger «los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar»... nunca esa protección podrá afectar a «los derechos de los propietarios identificables». Esta es la clara regla que obliga en principio a los 168 Estados (entre ellos España, muy beneficiada en teoría por la regla) que han suscrito el Convenio, de los 193 que pertenecen a la ONU. La regla, que es la fundamental sobre los pecios en el Derecho internacional, tiene un claro origen en el Derecho romano y viene a ratificar la jurisprudencia más común y conocida también sobre los tesoros terrestres en nuestro país y en otros. La regla, estando ya vigente en España desde el 14 de febrero de 1997, y como tratado internacional, con rango superior a las leyes ordinarias, creo que debiera incidir, en cuanto a reivindi-

cabilidad de los tesoros y por analogía, en la interpretación del artículo 352 CC. y hasta acaso, para hallazgos arqueológicos terrestres, en la de los artículos 40-1.º y 44-1.º de la LPHE, lo que creo nadie ha advertido todavía en nuestra doctrina y fue al parecer ignorado al redactar la Ley de Navegación Marítima de 2014.

### **3) Algunas cuestiones tratadas en el libro y la dudosa frontera entre lo civil y lo administrativo**

El contenido de la monografía de la profesora Martín Meléndez tiene una sistemática razonable y clara, con una primera parte de 26 páginas, relativas al tesoro y sus modos de adquirir en el CC., y una segunda parte bastante más extensa, de 95 páginas, donde se estudia lo que constituye el tema principal y central de la investigación, que es el estudio de las normas principales de la LPHE de 1985 sobre el Patrimonio Arqueológico (arts. 40 a 45). En esta parte más extensa del libro y donde se encuentra su aportación principal, la autora estudia y reflexiona sobre el concepto de «patrimonio arqueológico»; sobre la necesaria autorización administrativa para realizar excavaciones y prospecciones arqueológicas; sobre los hallazgos casuales de tesoros arqueológicos; sobre la inclusión en el dominio público de los objetos y restos descubiertos e «interesantes» para el patrimonio arqueológico; sobre los «premios» legalmente previstos en ciertos casos para el descubridor y el dueño del lugar; sobre el régimen jurídico de esos «premios»; su nacimiento y pérdida y las obligaciones de ambos sujetos hacia la Administración; sobre el reparto de esos «premios»; y sobre el montante de los mismos. Todas estas cuestiones, muy conectadas al núcleo de esa regulación de la LPHE, presentan abundantes y difíciles dudas interpretativas, que por razones de espacio no cabe ni siquiera enumerar aquí.

En el libro aquí recensionado, su autora va comentando y resolviendo razonadamente todas las numerosas dudas que plantean los citados artículos de la LPHE. Va discurriendo y ponderando cuidadosamente y con orden lógico todas esas dudas, desde el contraste con otras opiniones doctrinales creo que en general bien elegidas, y con la oportuna cita y estudio de la amplia jurisprudencia que ha encontrado sobre esta materia. Cita y maneja, en concreto, una sentencia del Tribunal Constitucional, la más importante con mucho que existe sobre la materia, y 24 sentencias de diversas Salas del Tribunal Supremo, y 14 sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, y 7 sentencias de Audiencias Provinciales, sentencias todas ellas recogidas y citadas con precisión en un listado final que será muy útil al lector del libro. La jurisprudencia aportada por Martín Meléndez es, como corresponde a una monografía, mucho más amplia y extensa que toda la estudiada hasta ahora por el pequeño círculo de autores que nos habíamos dedicado a estudiar los hallazgos de interés histórico artístico. Puede llamar la atención en esta amplia muestra jurisprudencial las pocas sentencias del Tribunal Supremo relativas al tesoro oculto del CC. No parece existir ninguna desde 1990. Ello se debe, sobre todo, a la fuerza expansiva de la regulación de los artículos 40 y ss. de la LPHE. Es claro, y ahora lo sabemos mejor, que presenta mayor interés social hoy la regulación de la LPHE que la del CC.

Volviendo a esta parte central y principal del libro recensionado, hay que afirmar que la profesora Martín Meléndez va desarrollando sus razonamientos de forma concienzuda, coincidiendo o no con opiniones anterior-



res y aportando la jurisprudencia pertinente, y en suma con respeto a una metodología rigurosa y exigente que aporta habitualmente bastante fuerza de convicción a sus opiniones, por cierto en algunas ocasiones opiniones distintas (y la autora, suele advertirlo, como cuando disiente de otros autores) de las que había sostenido quien suscribe. Las reflexiones más esmeradas se relacionan sobre todo con los supuestos de adquisición de derechos subjetivos ya por los particulares, ya por el Estado, que adquiere el dominio público por ministerio de la ley de los objetos hallados de interés histórico, arqueológico, paleontológico, etc. Con este enfoque debe reconocerse a la autora, quien escribe con encomiable sobriedad y trazando un discurso muy denso, que sus razonamientos están siempre bien ponderados y que no da puntada sin hilo. Aunque no cita nunca el artículo 3 CC., se ve que utiliza de modo constante los elementos interpretativos literal, histórico, sistemático y teleológico. Las argumentaciones de la autora van siempre al nervio de las cuestiones y no cae nunca en la tentación de hacer alardes de erudición, que tantas veces se revela, entre nosotros, erudición más o menos postiza e irrelevante. No hay erudición forzada, en particular, ni siquiera cuando la autora recuerda (pp. 113 y 115) la novela de Miguel Delibes «El tesoro», novela de la que simplemente toma el hecho real sucedido del hallazgo de un tesoro arqueológico que dio pie a la obra del gran novelista español, pero hace su cita para formar un pertinente argumento jurídico en una de las difíciles polémicas abordadas en el libro. En este sentido, la materia delimitada por la autora con las pautas señaladas en el apartado anterior de esta Recensión, es tratada con la razonable exhaustividad que nos es permitida a los juristas. Hasta el punto de que cabe afirmar que el libro ofrece y aporta más de lo que anuncia el título de la monografía, que parece limitarse a anunciar una reflexión o «nueva mirada» sobre la adquisición de los tesoros histórico artísticos solo «en caso de descubrimiento casual», siendo que se discurren igualmente, y parece que al mismo alto nivel de reflexión e información, los casos de adquisiciones debidas a descubrimientos no casuales de hallazgos arqueológicos, hechos previa autorización administrativa. Pienso que el libro hubiera quedado mejor titulado con una frase como la de «La adquisición de los tesoros de valor histórico artístico».

Una parte del libro en la que las cuestiones se tratan por la profesora Marín Meléndez (pp. 47 a 56, y 106 a 121) con especial esmero y que tiene mucha dificultad e interés, en mi opinión, es la de hasta qué punto impregnan los principios civiles (ocupación y accesión u «atracción real») la nueva regulación de la LPHE y, muy en particular, la reflexión que se hace sobre la naturaleza de los «premios» establecidos en el artículo 44-3.º de la LPHE: si sean, como he defendido yo en varios trabajos, un residuo o aplicación de los principios civiles (ocupación y accesión) o sean meros premios otorgados por el legislador con el exclusivo fin de estimular la colaboración de los particulares implicados en un hallazgo de un tesoro arqueológico para que quede cuanto antes en poder de la Administración.

La autora apuesta aquí por la doctrina mayoritaria (Pantaleón; Alegre Ávila; Albiez; entre otros), doctrina que no había recogido mis principales argumentos, pero, aparte de recordar esa doctrina, la autora la razona y fundamenta mucho más y mejor que esos autores y recogiendo y valorando, ahora sí, mis principales argumentos. Elijo esta cuestión para detenerme en ella, y cuestión en la que es difícil alcanzar soluciones seguras, por su dificultad, al

mezclarse en ella, la distinción entre lo civil y lo administrativo, y un aspecto poco estudiado de la diferencia entre el derecho real y el derecho de crédito.

Omitiendo aquí mis anteriores principales argumentos, casi todos bien recogidos en el libro como explico, intento sintetizar los principales argumentos de la profesora Martín Meléndez. Describe cuidadosamente la evolución histórica y de política legislativa en la materia desde 1889, a través de las leyes de 1911 y 1933, hasta llegar a la LPHE de 1985. Afirma que desde 1985 el legislador se sintió más libre a la hora de regular esta materia, y sobre todo cuando el descubrimiento no ha sido casual que cuando lo ha sido, por lo que, a la vez que integró en el dominio público todos los tesoros arqueológicos descubiertos, decidió con ello «expulsar» decididamente de la regulación estudiada los principios civiles (ocupación; accesión). Habría habido, por tanto, en la LPHE, un «punto de inflexión» en esto, de modo que los «premios» a favor del descubridor y del dueño del lugar del artículo 44-3.º LPHE ya estaría claro que se podrían explicar al margen de los principios civiles aludidos en el artículo 351 CC. No acepta mi tesis de que el artículo 44-3.º LPHE sea la regla general y el artículo 42-2.º LPHE, *in fine*, la excepción. Defiende (p. 114) que la regla general sería la mera atribución de los tesoros arqueológicos al Estado como dominio público sin compensación alguna ni al descubridor ni al dueño del suelo, y la excepción sería la concesión de un verdadero premio al descubridor casual y la concesión de un «mal llamado» premio al dueño del lugar en casos de hallazgo casual, que tendría ante todo carácter preventivo y disuasorio y una relación, como indirecta solo y de recuerdo, del principio de accesión. La naturaleza de los premios sería esencialmente legal, sin relación o conexión ya, entonces, con principios civiles. Cree que tales premios se establecieron para sensibilizar al ciudadano con la protección al Patrimonio arqueológico, labor en la que entiende todavía queda mucho por hacer. Afirma que, de seguirse mi interpretación, habría que reconocer el derecho al premio al buscador hallador *in alieno* y al dueño del lugar buscador *in suo*, aunque ambos carecieran de previa autorización administrativa para la excavación, siempre que cumplieran luego las obligaciones del artículo 41-1.º y 2.º LPHE, lo que cree sería inadmisibles. Alega también en su favor la Sentencia contencioso administrativa del TS de 28 de junio de 2004 sobre el hallazgo cerca de Zaragoza del «Bronce de Botorrita», cuya doctrina aprueba.

La explicación de la autora, meritoria por su serio esfuerzo de interpretación sistemática y por el dominio de la muy compleja casuística que presupone, no me termina de convencer. Los dos supuestos con los que pretendo probar las consecuencias poco justas de mi interpretación son, ante todo, bastante académicos y extraños. Además, pensando en el descubridor buscador extraño y carente de autorización administrativa para excavar (art. 42-1.º LPHE), precisamente si le aplicamos mi concepto de ocupación, uno de cuyos requisitos es que la adquisición por ocupación, aquí de un crédito legal (premio), es que esta se realice «en las condiciones de la ley» o lícitamente, la conclusión de verdad pertinente es, me parece, que ese descubridor no llega ni a adquirir el derecho al premio legal, por ser su causa legal el principio de ocupación y faltarle el necesario requisito de la licitud. El mero cumplimiento de las obligaciones del artículo 44-1.º y 2.º LPHE, aunque permitiría indirectamente el cumplimiento de los fines previstos por la propia ley y ahorraría gastos a la Administración (gastos del expediente de autorización; acaso de expropiación del suelo, aunque fuera temporal, etc.)

no sería suficiente para originar la adquisición por ocupación del premio legal a favor de ese descubridor. El artículo 44-4.º LPHE sería inaplicable aquí, dado que no cabe «privar» al descubridor del «premio», no porque pueda ese descubridor eludir ese precepto al cumplir sus obligaciones, que sí las tendría en el caso frente a la Administración, sino porque no habría llegado a adquirir antes el «premio» como «primer ocupante» y descubridor del tesoro arqueológico. No cabe «privar» a alguien de lo que no tiene. Como en el tesoro oculto, el artículo 44-3.º LPHE, cuya letra, en llamativo contraste con el artículo 44-1.º, no exige la casualidad, está pensando en una adquisición (de créditos legales) desde el mismo descubrimiento, tanto por el descubridor como por el dueño del lugar. Es cierto que los principios de ocupación y de accesión durante todo el Derecho intermedio y en la Codificación estuvieron limitados a la adquisición de la propiedad de cosas corporales, y no de derechos de crédito, pero el Derecho civil, como Derecho común, puede ir avanzando históricamente y asimilando conceptos nuevos en nuevas soluciones legales útiles socialmente y aceptadas como tales. Esa fue para nuestro asunto la propuesta que formulé en 1980 al final del libro (pp. 652 a 654), y esa característica de ir asimilando nuevos contenidos el Derecho civil como Derecho común creen muchos que puede detectarse ya en el Derecho romano desde sus orígenes.

El verdadero problema que plantea este supuesto propuesto por la profesora Martín Meléndez es, según creo y aunque ella no lo advierta, que para el mismo, en el que no se frustraría la voluntad de la ley de incorporar el tesoro arqueológico al Patrimonio arqueológico, parecería muy injusta la aplicación de la sanción prevista en el artículo 76-1.º, letra f, de la LPHE de los euros equivalentes a 25 millones de pesetas de 1985. Ese problema hay que suponer que se resolvería, con todo, fácilmente, en principio, por la habitual exigencia jurisprudencial del requisito de culpa o dolo para que se pueda entender que existe sanción administrativa o penal, culpa o dolo aquí claramente inexistentes. Y en fin, el legislador parte de que quien dañe un yacimiento arqueológico desconocido y no declarado, al topor con él por casualidad (art. 42-3.º LPHE), está sometido, en general, aparte de, para quien tenga el derecho al premio, a las responsabilidades del artículo 44-4.º LPHE, también a las de los artículos 323 y 324 del Código penal.

Parecidas reflexiones cabrían incluso, aunque por razones de espacio voy a omitir formularlas, en relación al caso propuesto por la autora del dueño del suelo que buscara y encontrara tesoros arqueológicos *in suo* si careciera de autorización administrativa previa.

Veamos ahora brevemente la Sentencia contencioso administrativa del Tribunal Supremo (STS) de 28 de junio 2004, en la que se negó a los copropietarios de una finca el «premio» por el hallazgo del Bronce de Botorrita en una finca privada de su propiedad realizado en dos hallazgos sucesivos entre el 20 y el 27 de octubre de 1992, cerca de Zaragoza, y caso al que era aplicable todavía la LPHE. El premio reclamado ascendía, según la demanda, a 613.224,34 € y fue denegado dos veces por la Administración autonómica aragonesa, resolución confirmada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón en Sentencia de 16-2-1999, luego confirmada o no casada por la mencionada STS. Es cierto que esta STS parece dar la razón a la opinión mayoritaria y que bien razona la Dra. Martín Meléndez. Pero cabe formular serias objeciones a esa STS. Así lo hice en un comentario mío a esta STS, que es el «ejemplo» n.º 18 de mi libro «La ocupación explicada con ejemplos».

Además, aunque la finalidad primordial de la LPHE sea conseguir que los hallazgos y tesoros arqueológicos sean rescatados e integrados en el Patrimonio arqueológico y pasen a la Administración, es indudable que también puede ser una finalidad complementaria de esa el resolver conflictos *inter privatos* de naturaleza intrínsecamente civil. Lo demuestra muy bien la excelente Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS de 6 de mayo de 2009 (RA 2009-4355). Un obrero contratado por una empresa descubrió materialmente y por casualidad un conjunto de monedas islámicas antiguas que entregó al encargado de la obra o Gerente, el cual decidió días después entregar a la Administración responsable del patrimonio cultural las monedas. La empresa pretendió cobrar el premio legal por el descubrimiento, pero también lo pretendió, al asesorarse, el obrero descubridor material del tesoro. Se aplicaba el artículo 65-4.º de la Ley valenciana 4/1998 (precepto idéntico al art. 44-3.º LPHE). La STS entendió con muy buen criterio que el descubridor no había incumplido sus obligaciones legales y que tampoco había transferido a la empresa su «título jurídico» de descubridor (la ocupación, acaso cabría afirmar, aunque no lo hizo la Sentencia). La Sentencia, por cierto, viene a coincidir con otras civiles, en las que se da prioridad al descubridor frente al ocupante primero, por mucho que este último tenga el *animus* y el *corpus* primeros de adquirir (aquí, el crédito legal). La Sentencia otorgó el derecho que legalmente sustituyó al tesoro arqueológico a quien no había tenido inicialmente ni *corpus* ni *animus* adquisitivo ni sobre ese tesoro falto de dueño ni sobre el premio legal sustitutivo. La profesora Martín Meléndez (p. 125) no reconoció a esta buena STS su gran fuerza clarificadora.

Cabe pensar sin gran dificultad, aparte de casos en los que sea dudoso si hay o no «premio» legal, en numerosos conflictos civiles entre particulares disputándose, entre sí, los «premios» por hallazgos de tesoros arqueológicos. Por ejemplo, hallazgos de ese tipo ulteriores a un tal hallazgo casual y no comunicado inmediatamente a la Administración (arg. art. 42-3.º, *in fine*, LPHE), combinados, por ejemplo, con la existencia de varios ulteriores descubridores, conocedores o no, cada uno, del hallazgo inicial; o de varios dueños del lugar, conocedores o no, también, del hallazgo inicial, o de todos ellos simultáneamente. O podría el descubridor ulterior actuar por cuenta propia o por cuenta ajena; o hacer su hallazgo a poca o a mucha distancia del lugar del primer hallazgo no comunicado a la Administración; o realizarse el hallazgo dentro o fuera del perímetro señalado por la declaración formal de existencia allí de un yacimiento arqueológico (arts. 15-5.º, 22-1.º, y 43 LPHE); o existir o no indicios serios de que el tesoro fuera «interesante» para el PHE; etc. Principios como el de ocupación o el de accesión pertenecen al contenido típico del Derecho civil, que como recordó en alguna ocasión Windscheid, representa la acumulación de la sabiduría jurídica de los siglos. No veo razonable, sobre todo para los tesoros arqueológicos muebles, prescindir de tales principios. La Administración ha demostrado cierta reticencia a reconocer los «premios legales», que creo aumentaría al quitarles su raíz civil.

#### 4) Propuestas «de lege ferenda» del libro

Toda la obra de la profesora Martín Meléndez trasluce una fuerte y sana sensibilidad y preocupación por la protección del patrimonio arqueológico español y ello se manifiesta en las nueve propuestas *de lege ferenda* que hace al final del libro para intentar mejorar la regulación de todas estas leyes, autonómicas y estatal, sobre la cuestión, aunque refiriendo sus propuestas, según

afirma, solo a los hallazgos casuales de tesoros arqueológicos. Además, hacia la mitad del libro, recuerda, e incluso transcribe y valora, otras propuestas de reforma del Proyecto de ley de la UCD de 1981 que había realizado yo, en 1983, en el n.º 37 de la Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). De sus nueve propuestas, seis se refieren de forma más o menos directa a los «premios» legales a favor del descubridor y del dueño del lugar. El BOE de 12-8-2008 nombró una Comisión para redactar un proyecto de reforma de la LPHE, que fracasó. Por razones de espacio, no resumo ni recojo aquí estas propuestas de reforma legal de la autora, con algunas de las cuales estoy de acuerdo y con otras no, pero que sin duda son todas dignas de consideración y demostrativas del profundo conocimiento que ha alcanzado la autora del complejo tema que estudia en su monografía.

### **5) Conclusión y valor del libro recensionado**

Puedo contar al lector que en marzo de 1997 me había correspondido por sorteo formar parte de la Comisión que tuvo que juzgar la provisión de una plaza de Profesor Titular de Derecho civil en Valladolid. En la Comisión estábamos, por la Facultad anfitriona la profesora Teodora Torres, Presidenta y maestra de la candidata única Dra. Martín Meléndez, y Francisco Javier Serrano García, Secretario, y además los profesores Manuel Medina de Lemus; Dolores Gramunt Fombuena y quien suscribe. El concurso oposicional transcurrió felizmente, aparte de por el grato encuentro entre colegas, porque la candidata a la plaza hizo muy bien sus dos ejercicios y, según mi recuerdo, a todos los miembros de la Comisión nos pareció que reunía méritos sobrados para ganar con todo merecimiento su plaza de profesora funcionaria. Mi recuerdo personal de aquel evento fue que la profesora Martín Meléndez era persona valiosa y con buenas aptitudes para el estudio e investigación del Derecho civil, y que la Facultad de Valladolid hizo en aquellos días un buen negocio incorporándola a su plantilla de profesores.

No siempre que votamos en estos concursos a favor de un candidato podemos hacerlo con el mismo convencimiento. Yo aprendí de mi maestro, el profesor Lacruz, la conveniencia de seleccionar con cierto rigor a nuestros profesores universitarios. En algún lugar dejó escrito el maestro que en la Universidad deberían admitirse a los que de verdad puedan enseñar y no solo a los que quieran enseñar. Y en una ocasión le escuché afirmar, a él que era muy aficionado a la ópera, que para darle a alguien una cátedra de Derecho civil, había que asegurarse de que alguna vez había dado el do de pecho. Mi buena opinión sobre la profesora Martín Meléndez me hizo los años siguientes a 1997 seguir desde lejos su evolución con cierta curiosidad y simpatía. He ido viendo que durante los últimos 23 años ha publicado bastante aunque sobre temas siempre alejados de mis líneas favoritas de investigación, por lo que debo reconocer que tengo bastante escaso conocimiento directo de su obra publicada. Me alegró por eso comprobar, en la primavera de este año extraño 2020, que por fin nuestras líneas investigadoras se habían cruzado y de que el libro aquí recensionado venía prologado por Antonio Pau Pedrón, uno de nuestros civilistas de mayor autoridad.

El prólogo de Antonio Pau, desde luego, lo suscribo íntegramente, hasta el punto de que mi recensión me parece un tanto reiterativa de sus certeras afirmaciones. Afirma este que la obra de la profesora Martín Meléndez «no es extensa», pero sí que es «intensa y aguda» y que su mayor interés reside en «la minuciosidad y el rigor» con los que la autora analiza y delimita, puesto

que ambas tienen un «ámbito común», las normas del Código civil y de la LPHE. Le parece el tema «absolutamente actual» y de la materia afirma que «no puede ser más atractiva». Y los «conceptos imprecisos» a los que se enfrenta son analizados ya no «con lupa, sino con cuentahílos». Y esa reflexión va surgiendo «en detenido diálogo» con los autores que se han (nos hemos) ocupado de ellos. No era fácil explicar tanto en tan pocas y certeras frases. Obra «no extensa», pero bien delimitada en su objeto de estudio, según he argumentado; y obra en que la autora ha conseguido, en una materia hasta ahora alejada de sus preocupaciones investigadoras, encaramarse de golpe a un serio diálogo intelectual con otros estudiosos, ya todos muy veteranos, sobre antiguas y nuevas cuestiones nada fáciles, consiguiendo enriquecer las polémicas existentes y logrando la que creo es la obra más completa y profunda sobre la adquisición de los tesoros arqueológicos. Una buena monografía de Derecho civil en los difíciles terrenos fronterizos de esta rama del Derecho. Nada más, pero nada menos. Me atrevería a afirmar que, si no lo hubiera hecho ya antes, con esta monografía la profesora Martín Meléndez ha dado ya su do de pecho como civilista.

José Luis MOREU BALLONGA  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza.

**MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: *Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 287 pp.**

Aunque pueda sonar pueril, me hace especial ilusión hacer la reseña de este libro; ello por dos razones principalmente. La primera, porque tuve ocasión de conocer al autor y compartir impresiones con él en el *Institute of European and Comparative Law* de la Universidad de Oxford, lugar en el que coincidimos mientras hacíamos sendas estancias de investigación sobre el mismo tema: su trabajo de investigación culminó en esta excelente obra que aquí se reseña y, en mi caso, en la publicación del libro *La liquidación de la herencia en el Código Civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*<sup>1</sup>. La segunda, porque una vez superado el *delirio jurídico* del que hablaba von Ihering durante el proceso de doctorado<sup>2</sup>, y que en mi caso me produjo cierta intolerancia temporal a todo lo que tuviese que ver con deudas y herencia, ya puedo decir, con total convencimiento, que vuelvo a disfrutar, y mucho, con la materia. Así que he aquí mi felicitación y agradecimiento personal al autor, por atreverse a tratar una materia tan densa y conseguir que el asunto me vuelva a entusiasmar como lo hizo en las primeras etapas del doctorado.

Me dispongo, pues, a analizar la obra. La estructura del libro es, en mi opinión, clara y pertinente. En las notas preliminares y cuestiones introductorias se explica al lector la relevancia del trabajo, que deriva ni más ni menos que de la Orden del Ministerio de Justicia, de 4 de febrero de 2019, por la que

<sup>1</sup> *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2019.

<sup>2</sup> VON IHERING, Rudolf, (*Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, 1993, p. 52), habla de los padecimientos físicos y mentales que sufrió investigando sobre la *hereditas* y la familia, y que lo llevaron a renunciar a la carrera científica.

se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de una reforma sobre dos cuestiones: de una parte, los regímenes de legítimas y libertad de testar, y de otra, el sistema de liquidación de la herencia. Es en estas primeras páginas donde se manifiesta el objetivo de la obra: analizar los regímenes europeos sobre liquidación de deudas sucesorias y extraer los aspectos más adecuados que puedan informar la futura reforma. Permítaseme avanzar que este propósito es alcanzado con creces, aunque en mi opinión, en un sentido negativo; posteriormente explicaré el porqué.

La parte fundamental del libro se desarrolla en tres capítulos en los que, respectivamente se analizan el sistema inglés, el sistema alemán y los sistemas francés e italiano<sup>3</sup>; finalmente, el libro concluye con unas consideraciones finales. He aquí otro aspecto a destacar de esta obra: se parte del sistema menos parecido (el inglés), se continúa con el sistema que se podría denominar *intermedio* (el alemán), y se finaliza con los sistemas con los que compartimos una dilatada tradición jurídica (el francés y el alemán). Desconozco si este enfoque fue deliberado o no, pero en cualquier caso, no pude resistir la tentación de llamar la atención sobre ello, por cuanto creo que hay una idea que subyace en él: *más vale malo conocido* (nuestro sistema) *que bueno por conocer* (si, además, no son tan buenos, como se propone demostrar el autor). Puede que su intención fuese justamente esa: una vez conocidos los defectos de otros sistemas distintos, tal vez el nuestro parezca menos *malo*. En este sentido, y antes de comenzar a relatar las virtudes de este libro, permítaseme adelantar que discrepo sobre algunas de las conclusiones extraídas: en mi opinión, un sistema de sucesión en los bienes, en el que se predetermine una responsabilidad limitada y una liquidación organizada, siempre ha de ser preferible, tanto para herencias complejas como para herencias sencilla, a uno desorganizado y de responsabilidad ilimitada; me declaro, como ya lo hice en su día, firme partidaria de una reforma de calado en esta materia.

Paso ya a comentar el primer capítulo, en el que se aborda el sistema inglés. Afirma el autor que este suele calificarse como el mejor desde el punto de vista de la protección de los acreedores hereditarios; aserción que pone en duda en algún momento del texto<sup>4</sup>, pero que valida en sus conclusiones finales<sup>5</sup>. Si es bueno para los acreedores, cabe preguntarse si es bueno para el sucesor también. Sobre esto, se dice que la figura que más se aproxima a nuestro *heredero* no es la figura del beneficiario, sino la del *personal representative*<sup>6</sup>, ya que es este quien recibe la totalidad del patrimonio hereditario y tiene todas las facultades inherentes a su administración, pudiendo enajenarlo, arrendarlo, gravarlo o hipotecarlo. En mi opinión, esta consideración debe matizarse atendiendo a la especial naturaleza del *trust* anglosajón, al que inevitablemente se asemeja la sucesión del *personal representative*, y

<sup>3</sup> Véase también, sobre esta materia, GARCÍA RUBIO, María Paz: *La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, 1989, pp. 175 y ss.

<sup>4</sup> MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: *Los sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Cizur Menor, 2020, p. 47, afirma «quizá sea apresurado e impreciso afirmar, como se hace con frecuencia, que se trate del sistema que más protege a los acreedores de la herencia».

<sup>5</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 72: «es frecuente la calificación del sistema sucesorio inglés como el que mayor protección y seguridad ofrece a los acreedores de la herencia. Los acreedores no deben preocuparse, en la generalidad de los casos, por estar vigilantes y tomar la iniciativa en la defensa de sus respectivos derechos, ya que el *personal representative* debe velar en todo momento por los mismos, con el riesgo de incurrir en responsabilidad personal si no lo hace debidamente».

<sup>6</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, pp. 33, 34, 45 y 74, entre otras.

en el que se observa un desdoblamiento de la propiedad: de una parte, es propietario el *trustee*, y de otra, el beneficiario. Algo similar ocurre en estos casos: cierto es que el *personal representative* va a recibir la titularidad de todos los bienes de la herencia, pero esta titularidad la adquirirá con el único fin de administrarla y liquidarla hasta que se purguen todas las deudas y ya pueda distribuirse el remanente entre los beneficiarios.

Estos *personal representatives*, en sus variantes de *executor* (nombrado normalmente por el testador, y que puede ser un tercero cualquiera) o *administrator* (que será un familiar nombrado por el tribunal, siguiendo el orden legal establecido), son los que, como decimos, deben recolectar los bienes de la herencia, liquidar las deudas y, posteriormente, distribuir el remanente entre los beneficiarios. Su grado de responsabilidad por deudas dependerá de la diligencia con la que desenvuelva los dos deberes que exige el cargo: de una parte, pagar las deudas de manera diligente y en el período de un año; de otra, determinar si la herencia es solvente o no, pues el orden de prioridad de los pagos varía en uno y otro caso. En cuanto a su responsabilidad por deudas desconocidas o sobrevenidas, el *personal representative* no se halla desamparado, ya que cuenta con la posibilidad de publicitar su intención de liquidar la herencia en el *London Gazette* y en algún periódico local, invitando a los acreedores a presentar sus créditos<sup>7</sup>. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que este mecanismo no es obligatorio ni vale para ciertos tipos de deudas, como la fianza o la responsabilidad por daños, que por su propia naturaleza pueden devengarse con posterioridad al plazo general de un año del que se dispone para liquidar la herencia. En los supuestos en los que el *personal representative* crea probable la existencia de una deuda futura, podrá pedir instrucciones al tribunal para liberarse de toda responsabilidad, en cuyo caso el acreedor sobrevenido ya solo podrá reclamar frente a los bienes de la herencia en manos de los beneficiarios. Además, y aun cuando no hubiese pedido instrucciones al tribunal y deba responder en el futuro por alguna deuda sobrevenida del causante, todavía podrá repetir esa reclamación contra el beneficiario por el valor de los bienes distribuidos. En definitiva, que aunque sí es cierto, tal y como se recoge en el libro, que el *personal representative* puede incurrir en ciertos casos en responsabilidad personal<sup>8</sup>, lo cierto es que la mayoría de las veces, y siempre que su comportamiento fuese diligente, podrá repetir la reclamación. Como norma general, el *personal representative* solo responde cuando hubiese administrado la herencia de forma negligente (apropiación indebida de los bienes de la herencia, defectuosa conservación de los

<sup>7</sup> Resulta interesante que la publicidad relativa a la intención de liquidar la herencia puede servir también al *personal representative* para eludir su responsabilidad de cara a los beneficiarios desconocidos, que podrán servirse del *right to trace* frente a bienes de la herencia en manos de terceros. Otro mecanismo que protege al *personal representative* para eludir su responsabilidad frente a beneficiarios ausentes es la denominada *Benjamin Order*. Me remito, sobre estas dos cuestiones, al texto del libro.

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, y en relación con la responsabilidad del *personal representative* por continuar los negocios del causante, cabe señalar que dicha continuación no es en absoluto obligatoria, sino opcional, cuando se crea conveniente para la buena administración o se le hubiese facultado de forma expresa para hacerlo en testamento. Además, y como MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 48, concreta, en estos casos será posible repetir la reclamación de que se trate frente al caudal hereditario. En cuanto a la responsabilidad por los *leases*, MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 49, afirma que los *personal representatives* «solo responden del *lease* con el patrimonio hereditario, si bien se convierten en sujetos personalmente responsables (...) si toman posesión del bien objeto», lo que parece del todo lógico, pues en ese caso, el *personal representative* se estaría beneficiando de la posesión.



bienes hereditarios, etc.)<sup>9</sup>. Sanciones que no creo que deban parecer tan extrañas, pues se prevén también en nuestro Derecho para el heredero beneficiario negligente (arts. 1018 y 1024 CC); por ello, mi percepción sobre este sistema es mucho más positiva que la formulada en esta obra.

El segundo capítulo, relativo al sistema alemán<sup>10</sup>, es el más exhaustivo y en él se detallan cinco mecanismos a los que se puede acudir en relación con la liquidación de las deudas hereditarias. En primer lugar, se aborda la convocatoria edictal de acreedores de la herencia como un mecanismo de defensa del heredero, ya que le permitirá limitar su responsabilidad por deudas de la herencia. De este recurso nos gustaría resaltar dos cuestiones: por un lado, que no existe un plazo límite para solicitarlo, si bien la solicitud dentro del plazo de un año tras la aceptación de la herencia permitirá al heredero postergar el cumplimiento de las obligaciones hasta que finalice el procedimiento; por otro, que una vez transcurrido el plazo conferido, los créditos no preferentes que no hubiesen sido presentados serán excluidos, pero dicha exclusión no implica extinción, sino que quedarán subordinados a la subsistencia de remanente.

El segundo instrumento, que se califica de ventajoso para los acreedores, es el inventario de la herencia. Hace bien el autor en advertirnos de que este instrumento no debe asociarse con el inventario del Derecho romano justinianeo, pues no sirve, por sí solo, para limitar la responsabilidad del heredero. Se puede otorgar a instancia del heredero o de cualquier acreedor hereditario; además, se puede pedir al Tribunal su formación o remitirse a uno ya existente, siempre y cuando cumpla los requisitos exigidos. Esta facultad de remisión se asemeja al inventario flexibilizado del Código Civil catalán, que admite, por ejemplo, el inventario presentado para la liquidación del impuesto sucesorio. Finalmente, también se prevén en la normativa alemana sanciones relativas a un otorgamiento defectuoso del inventario (por ejemplo, su otorgamiento fuera de plazo o de forma incompleta), en cuyo caso el heredero perderá el derecho a limitar su responsabilidad por deudas, es decir, perderá la posibilidad de convocar por edictos a acreedores, solicitar la administración o incluso el concurso de herencia. Dentro de este régimen de sanciones existe además una peculiaridad del sistema alemán: si el heredero se niega a prestar declaración jurada ante el tribunal, o lo hace fuera de plazo, acerca del cumplimiento diligente de su obligación de formar inventario de la forma más completa, a instancia de algún acreedor hereditario, perderá la posibilidad de limitar la responsabilidad, pero únicamente frente a ese acreedor.

En un tercer bloque de recursos se engloba, muy acertadamente, tanto la administración de la herencia ordenada judicialmente como el concurso de herencia; recursos que tienen, según el autor, «naturaleza multifuncional» que pueden ordenarse a petición del heredero o del acreedor (también el inventario, pero recuérdese que este recurso protege más a los acreedores que al heredero).

---

<sup>9</sup> En igual sentido cabe referirse a un supuesto contemplado en el libro como de responsabilidad personal por el *personal representative*, que es el de *breach of trust*. Debe advertirse que dicha responsabilidad solo será exigible, en primer lugar, si en el propio testamento se prevé dicho *trust* y, en segundo lugar, si el *trustee* incumple alguna de las obligaciones derivadas del cargo.

<sup>10</sup> Permítaseme decir que una de las cuestiones que me parece claramente más funcional en la regulación alemana es el sistema de adquisición automática de la herencia, y que evita todos los sinsabores que la figura de la herencia yacente provoca en nuestro ordenamiento sobre todo en sede de pago de deudas hereditarias; *vid.* GARCÍA GOLDAR, Mónica: *La liquidación de la herencia en el Código civil español*, Madrid, 2019, pp. 157 y ss.

La administración de la herencia ordenada judicialmente puede solicitarla, como ya se ha dicho, tanto el heredero como los acreedores hereditarios, si bien en el caso de estos últimos cabe tener en cuenta que: de una parte, deberán justificar la necesidad del procedimiento (por ejemplo, por insolvencia del heredero), y de otra, tendrán, a diferencia del heredero, un plazo máximo de dos años para solicitarlo. La administración es un cargo fundamentalmente retribuido y su principal cometido reside en el pago de las deudas de la herencia; por ello, la administración terminará o bien cuando tal cometido se haya cumplido, o bien cuando se abra concurso de la herencia o se recurra al procedimiento previsto para herencia con activos insignificantes.

En relación con el concurso de herencia, me gustaría resaltar dos cuestiones de suma importancia: la primera, que su solicitud constituye un deber improrrogable para el heredero o el administrador cuando constaten el estado de insolvencia, perdiendo la posibilidad de limitar la responsabilidad en caso de no hacerlo; y la segunda, que el «concurso de herencia procede en todo caso a favor de los acreedores del caudal al margen del régimen de responsabilidad asumido por el heredero»<sup>11</sup>. Yo misma tuve ocasión de denunciar en mi trabajo el dislate que supone que el antiguo artículo 1.2 de la Ley Concursal de 2003, ahora artículo 567 del Texto Refundido de Ley Concursal de 2020, exija, como presupuesto único del concurso, que la herencia «no haya sido aceptada pura y simplemente»; a esas críticas me remito<sup>12</sup>.

El último instrumento que se estudia en relación con el sistema alemán, pero definitivamente no el menos interesante, es la posibilidad de limitar la responsabilidad del heredero entregando los bienes de la herencia a los acreedores, cuando los activos sean manifiestamente insuficientes para afrontar los costes de la administración de herencia ordenada judicialmente o el concurso de herencia. La solicitud la puede hacer el administrador o el heredero, siempre y cuando este último no hubiese perdido la posibilidad de limitar su responsabilidad y, en cualquier caso, serán responsables también de la administración previa a esa entrega de bienes.

En el sistema alemán, la responsabilidad por deudas en caso de que exista comunidad hereditaria es generalmente solidaria tanto antes como después de la partición de la herencia, aunque existen excepciones. Antes de la partición, y como el lector ya sabrá, la responsabilidad de los herederos es *temporalmente* limitada al caudal; lo que tal vez resulte menos conocido es que dicha limitación de responsabilidad se hace valer mediante excepción que no opera si el coheredero hubiese incurrido en responsabilidad ilimitada. Además, si el acreedor se dirige contra algún coheredero que hubiese incurrido en responsabilidad ilimitada, podrá ejecutar bienes o derechos de su patrimonio personal, aunque solo en lo que proporcionalmente le corresponda (la responsabilidad deja de ser solidaria y pasa a ser parcial). Cabe destacar, por último, que el concurso de herencia podrá llevarse a cabo aun cuando alguno de los coherederos hubiese perdido la posibilidad de limitar su responsabilidad, y que un único coheredero puede instar la convocatoria edictal de acreedores y la formación de inventario, en cuyo caso, todos los efectos favorables se extienden a los demás.

Finalmente, en el tercer capítulo se incluyen los sistemas continentales en los que se observa una mayor incidencia del Derecho romano, que son el sistema francés y el italiano. Es de agradecer la introducción en la que se

<sup>11</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 139.

<sup>12</sup> GARCÍA GOLDAR, 2019, pp. 202-212.

explican los efectos de la *successio* romana y los remedios que se fueron configurando para paliar los efectos negativos de la confusión patrimonial: el *beneficium abstinendi*, la *restitutio in integrum*, la *separatio bonorum*, el beneficio de inventario, la *satisfactio* (o *cautio*) suspecti *heredis*, el pacto de concordato entre acreedores y heredero o el mandato de aceptación de la herencia, son los instrumentos que el lector podrá encontrar en esta referencia histórica.

Ya en páginas posteriores, y antes de comenzar a estudiar en profundidad los sistemas francés e italiano, el autor expone lo que, en mi opinión, resulta una justificación muy parcial de la responsabilidad *ultra vires*. Los tres argumentos (de orden familiar, económico y jurídico) que se mencionan para reivindicar la necesidad de este principio, y que provienen de la doctrina francesa, son muy clásicos y han sido puestos en tela de juicio por numerosos autores (franceses y no franceses), entre los que me incluyo<sup>13</sup>. Para mí, la clave sobre esta cuestión la ofrece el propio autor cuando, al dar una perspectiva general del sistema inglés, afirma que «las garantías de cobro con las que contarán los acreedores antes del fallecimiento del causante serán idénticas a las existentes tras la apertura de la sucesión»<sup>14</sup>. Entiendo que esto es precisamente lo justo: que no se perjudique al acreedor, pero tampoco se le mejore a costa del patrimonio del heredero.

En cuanto a los sistemas franceses e italiano, se aborda en este libro un exhaustivo estudio comparado de los dos grandes remedios que se proporcionan: el beneficio de inventario, de una parte, y el beneficio de separación de patrimonios, de otra; también se analiza la responsabilidad por deudas en el caso de comunidad hereditaria, y que viene presidida por el principio de división automática de las deudas, altamente cuestionado por el autor<sup>15</sup>. Para no alargar demasiado esta recensión, me limitaré a comentar algunos aspectos que me parecen esenciales, invitando en cualquier caso a una lectura detallada de todo lo tratado en la obra.

Comenzando por Francia, se analiza en profundidad el nuevo beneficio de inventario, renombrado a partir de la reforma de 2006 como aceptación a concurrencia del activo neto. Se recogen las críticas que se hacían del antiguo instituto, en relación a su excesivo formalismo y elevado coste, lo que permite de alguna manera entender los cambios, destinados sobre todo a proporcionar una mayor libertad de administración y gestión al heredero. Con este nuevo procedimiento, el heredero debe publicar la declaración de aceptación en el *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* durante quince meses; periodo de tiempo durante el cual los acreedores deberán presentar sus créditos. Hay un aspecto de este mecanismo de limitación de la responsabilidad sobre el que el autor se muestra especialmente crítico, probablemente con razón: los acreedores ordinarios que no declaren sus créditos no garantizados en dicho plazo perderán todo derecho a reclamarlo posteriormente; es decir, sus créditos se extinguirán. Mi valoración sobre esta medida es algo menos intensa; al fin y al cabo, el establecimiento de plazos de caducidad o prescripción responde a una cuestión de política legislativa cuya finalidad suele ser proporcionar una mayor seguridad jurídica. Además, también se examina la original acción francesa por la que el heredero puede solicitar, en los cinco meses posteriores, la extinción o reducción de su responsabilidad

<sup>13</sup> GARCÍA GOLDAR, 2019, pp. 522-532.

<sup>14</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, pp. 72-73.

<sup>15</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, pp. 260 y ss.

por una deuda sobrevinida o desconocida reclamada tiempo después de su aceptación; solución que tampoco parece satisfacer al autor, que entiende que el legislador francés muestra «una especial obsesión» por ofrecer respuesta a este tipo de deudas<sup>16</sup>.

En mi opinión, la solución al problema de las deudas desconocidas o sobrevinidas tampoco pasa por adoptar en nuestro ordenamiento una norma similar a la francesa, pues como dije, con ella se discrimina al acreedor sobrevivido frente al resto de acreedores hereditarios; lo que sí debería establecerse es la limitación general de la responsabilidad por deudas a los bienes de la herencia, y ello por tres razones: la primera, porque dicha medida sería más congruente con el principio de Derecho de obligaciones de intransmisibilidad de deudas sin el consentimiento del acreedor; la segunda, porque no hay razón alguna que justifique el plus de solvencia en favor de los acreedores hereditarios que, a la muerte del deudor, contarán no solo con el patrimonio de este, sino con todos los bienes, presentes y futuros, de su heredero; la tercera, porque dicha limitación equipararía el estatus del heredero al que se le aplica el derecho común con el heredero al que se le aplican las beneficiosas normas navarras, aragonesas o vascas, que ya limitan su responsabilidad por deudas<sup>17</sup>.

En cuanto al sistema italiano, se recogen en esta obra las tres grandes modalidades de liquidación en caso de beneficio de inventario, y que son: la individual, la concursal, y la puesta a disposición de los bienes de la herencia en manos de acreedores y legatarios (*rilascio*). Me gustaría añadir a este exhaustivo estudio una cuestión altamente beneficiosa de la regulación italiana y que, como ya tuve ocasión de señalar, debería tenerse en cuenta de cara a una futura reforma sobre liquidación de la herencia: me estoy refiriendo a la extensión, en caso de que exista comunidad hereditaria, de los efectos favorables del beneficio de inventario (incluida la limitación de la responsabilidad) al resto de coherederos después de que uno de ellos lo solicite; extensión que no afectará, sin embargo, a los que hubiesen aceptado pura y simplemente con anterioridad a la declaración o que hayan perdido la posibilidad de limitar su responsabilidad (*Corte di Cassazione*, 7 de mayo de 2013)<sup>18</sup>.

Por último, en este capítulo tercero se analiza también el beneficio de separación de patrimonios<sup>19</sup>, que en el caso de Italia se establece en favor de los acreedores de la herencia, y en el caso de Francia, tanto de los acreedores de la herencia como los personales del heredero. La regulación de la liquidación de la herencia en estos dos países se antoja bastante equilibrada, toda vez que se prevén mecanismos de protección de los dos grupos de sujetos afectados: como dice el autor «Francia [e] Italia ofrecen mecanismos de defensa específicos: el beneficio de inventario para los herederos y el beneficio de separación para acreedores de la herencia»<sup>20</sup>.

Llegamos ya a las consideraciones finales del libro; es aquí donde debo explicar por qué afirmé al inicio que se había cumplido el objetivo propuesto pero en sentido negativo: porque de la lectura de toda la obra en general y de

<sup>16</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 224.

<sup>17</sup> GARCÍA GOLDAR, 2019, pp. 531-532; GARCÍA GOLDAR, Mónica: «La responsabilidad del heredero por deudas sucesorias en el Código Civil español y en los Derechos autonómicos», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 253 y ss.

<sup>18</sup> GARCÍA GOLDAR, 2019, pp. 364-365.

<sup>19</sup> Se recomienda, sobre esta materia, la lectura de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.<sup>a</sup> Belén/MARTOS CALABRÚS, M.<sup>a</sup> Angustias: *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*, Granada, 2017.

<sup>20</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 267.

estas consideraciones finales en particular, se desprende que al autor no le satisface ni el modelo inglés (que es costoso y rígido, y cuyo principio de responsabilidad limitada no le parece tan general como cabría pensar<sup>21</sup>), ni el modelo germánico (caracterizado por una maraña de complejas reglas y en donde el heredero debe pagar un precio muy alto para lograr la liquidación separada de la herencia<sup>22</sup>), ni las novedosas reformas introducidas por el legislador francés («nada satisfactorias»<sup>23</sup>). No debe sorprender que sus conclusiones sean más bien conservadoras, determinadas alrededor de una idea central: continuar con la confusión de patrimonios para las herencias solventes y no complejas<sup>24</sup>.

Otras propuestas que hace el Dr. Murga son: 1) ofrecer siempre la posibilidad de una liquidación separada de la herencia en la que se asegure la preferencia de los acreedores sobre los bienes de la herencia, llevada a cabo por el propio heredero o por un tercer administrador, y que puedan ser solicitadas tanto por herederos como por acreedores hereditarios – me permito señalar que la liquidación por un tercero ya es posible a través del concurso de herencia, aunque habría que regularla mejor, para no hacerla depender del comportamiento del heredero, tal y como se hace en Alemania; 2) ofrecer también la posibilidad de una supervisión judicial de la herencia o la designación de un administrador independiente (a pesar, curiosamente, de los evidentes costes); 3) la configuración, en los casos de insolvencia manifiesta, de una liquidación propiamente concursal que asegure la *par conditio creditorum*. Por último, se asevera que en lo relativo a la comunidad hereditaria, el modelo alemán de responsabilidad solidaria (al igual que el establecido en nuestro Código Civil, al menos en la vertiente externa<sup>25</sup>) es el más idóneo, y se aclara que estas claves que deben informar la reforma en materia de liquidación de deudas se concretarán en una futura obra sobre el ámbito patrio.

En este punto, mi opinión general de la obra no puede ser más que positiva. A pesar de que, como ya dije, discrepo en la valoración de los sistemas extranjeros, pues considero que el principio de responsabilidad *intra vires* por deudas hereditarias es el más sencillo (garantizada una adecuada separación de patrimonios) y el más justo; ello no me impide destacar el rigor de esta obra, cuya utilidad es indiscutible. Por ello, cierro esta reseña con tres manifestaciones: la enhorabuena al autor por esta brillante obra; el consejo sobre su lectura a todos los interesados; y, por último, la esperanza de que pronto podamos disfrutar de la segunda parte relativa a la liquidación de la herencia en el ámbito español.

Mónica GARCÍA GOLDAR

Investigadora posdoctoral de Derecho civil  
Universidad de Santiago de Compostela

---

<sup>21</sup> Esta apreciación ya la hace mucho antes de las consideraciones finales, al terminar el capítulo sobre el sistema inglés; véase MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 79: «no consideramos el Derecho inglés un modelo a seguir ya que comporta un coste elevadísimo para los resultados que finalmente alcanza».

<sup>22</sup> Esta es probablemente una de las afirmaciones que más reitera; véase, en este sentido, MURGA FERNÁNDEZ, 2020, pp. 94, 106, 116, 128, 141 y 170.

<sup>23</sup> MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 274.

<sup>24</sup> Idea que se repite a lo largo del trabajo; véase, por ejemplo, la nota 1, de la p. 81, en la que se afirma que los perjuicios derivados de la confusión patrimonial «no deben generalizarse en la medida en que solo afloran en determinadas situaciones patológicas derivadas de la insolvencia de la herencia o del heredero».

<sup>25</sup> GARCÍA GOLDAR, 2019, pp. 350 y ss.

**TORRES COSTAS, María Eugenia: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, 497 pp.**

La discapacidad es uno de los temas de actualidad en el ámbito jurídico-civil. La elaboración de un Anteproyecto de Ley en 2018 para adaptar la legislación civil española a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CDPD) –que no pudo ver la luz por la disolución del Parlamento a comienzos de 2019–, así como la presentación de un nuevo Anteproyecto en esta legislatura evidencian la importancia y actualidad de esta materia; no solo desde el punto de vista teórico o dogmático, sino, sobre todo, para la vida diaria de decenas de miles de personas. Como han puesto de manifiesto las distintas reformas legales llevadas a cabo, una adecuada legislación les permite disfrutar de una vida más acorde a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Pues nada menos que el examen de la capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la CDPD es lo que efectúa la obra que ahora se recensiona.

El libro, de cuidada factura por parte de la editorial del Boletín Oficial del Estado, tiene su origen en la Tesis Doctoral defendida en febrero de 2020 en la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección de doña María Paz García Rubio; a la sazón, Vocal de la Sección Primera de la Comisión de Codificación, que fue la que impulsó los Anteproyectos anteriormente mencionados. Así pues, en esta obra se aúna el conocimiento de la materia de la profesora García Rubio con la experiencia práctica de la autora que, según se lee en la obra, ha trabajado durante varias décadas con –y asesorando a– personas con discapacidad.

En lo que hace a las cuestiones formales, la obra está correctamente redactada lo que, si ordinariamente es algo meritorio, de manera especial en este caso por la exhaustiva documentación que contiene. Está dividida en tres partes que responden a una distribución totalmente lógica: la génesis de la Convención y en especial del artículo 12 –capítulo I–; la situación de España respecto de la aplicación de la Convención, así como los avances legislativos producidos para la adaptación del ordenamiento jurídico a ella –capítulo II–; y finalmente, la tarea que resta por hacer para culminar la referida adaptación –capítulo III–.

Por lo que se refiere a la primera parte –dedicada a la génesis de la Convención–, llama la atención que la autora «hace fácil lo difícil». Con ello quiero aludir a que, a pesar de manejar abundante documentación fruto de los distintos períodos de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, las diversas resoluciones emanadas por dicho órgano, las reuniones e informes elaborados por el Grupo de Trabajo o por el Comité Especial, etc., se consigue sintetizar su contenido y llevar al lector de manera ordenada hacia lo fundamental: el *iter* de la Convención, y en especial de su artículo 12. Se advierte que la doctora Torres Costas está perfectamente situada en lo que de entrada se presenta como un *laberinto documental*; y, además, tiene la virtud de transmitirlo de manera clara, trayendo oportunamente a colación los documentos pertinentes, de modo que en ningún momento el lector se «encuentra perdido», pudiendo así llegar al puerto deseado. Tal tarea no resulta fácil, y mucho menos, cuando tras la lectura se comprueba que la autora cubre holgadamente todos los pasos que se han dado para la aprobación de la Convención: desde los impulsos *catalizadores* de México, hasta la propuesta

de Canadá que supuso un punto de inflexión en la concepción del actual artículo 12 CDPD, pasando por el papel de las personas con discapacidad en la elaboración de la Convención (pp. 33 y ss.). Como digo, la exposición de esta primera parte cubre todos los hitos relevantes: los orígenes, la propuesta canadiense, las discrepancias de los distintos Estados –como se adivina, de manera especial, sobre la capacidad jurídica y de obrar y su significado (pp. 46 y ss.)– y las posteriores negociaciones, el informe aportado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos mostrando una visión general de cómo se entendía, entre otros, el término «capacidad jurídica» en los tratados de derechos humanos y en algunos ordenamientos jurídicos, el texto aprobado y los distintos tipos de reservas efectuados por los Estados firmantes –modelo restringido, moderado y de efectos indirectos (pp. 78-79)–, o, en fin, los criterios interpretativos de la CDPD elaborados por el Comité de seguimiento de la Convención (Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad) tras su entrada en vigor, por medio de Observaciones y Recomendaciones al hilo de los Informes presentados por los diferentes Estados (*cf.* art. 35 CDPD).

En tal sentido, resulta extraordinario que, en lo que podía ser un maremágnum de datos, se lleva con facilidad al lector a los elementos nucleares, que en lo que hace a la Convención, a mi juicio se recogen, en parte, en la página 77: «la CDPD se convirtió así en el primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI de cuya negociación cabe destacar su rapidez (se necesitaron solo cinco años para la negociación y entrada en vigor); la participación de la sociedad civil en su elaboración (fue la primera vez que se permitió la presencia de las organizaciones de personas afectadas por el tratado y de personas con discapacidad) y la unanimidad sobre su contenido (no solo entre los Estados, sino también entre las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidades absolutamente diversas y diferentes entre sí)».

Además de lo ya mencionado, de esta primera parte, sobresalen, en mi opinión, tres cuestiones relevantes y, en buena medida, novedosas. La primera es el análisis detenido del papel de las personas con discapacidad en la redacción de la Convención. Con el impulso del Presidente del Comité Especial, se dio cauce a todas las entidades en que se agrupan las personas con discapacidad para poder tomar parte en los debates, hasta el punto de la creación del llamado «Caucus Internacional sobre Discapacidad». Como consecuencia de este modo de proceder, cabe decir, se acuñó la expresión de «nada para nosotras (las personas con discapacidad) sin nosotras»; lo que, sin duda es aplicación práctica del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pues bien, a lo largo del capítulo primero, la autora da cuenta de las aportaciones y reclamaciones de las principales de tales entidades (*People with Disabilities Australia, Inclusion international, Save the Children, Unión mundial de Ciegos, etc.*), pero, sobre todo, de su relevante papel para el cambio de paradigma que supuso la CDPD; en particular en el séptimo período de sesiones (16 de enero a 3 de febrero de 2006). En efecto, tras las intervenciones «matutinas» de los Estados Parte, el Presidente del Comité dio paso a la sociedad civil en las «sesiones de la tarde», en donde hasta 70 entidades distintas manifestaron la diversa perspectiva latente en su discurso: frente al énfasis en la discapacidad y la incompetencia, las diversas agrupaciones acentuaron decididamente las capacidades y competencias de las personas con discapacidad (p. 66).

La segunda cuestión que destaca en el capítulo I es que, tras la síntesis de las ideas contenidas en la conocida Observación General n.º 1 –cuyo resu-

men no es procedente reproducir aquí–, la autora resume las principales críticas vertidas por destacados especialistas sobre dicha Observación (pp. 90 y ss.; en especial, la p. 97). Y, acto seguido –lo que a mi juicio es de las partes más interesantes– va ofreciendo su visión respecto de las citadas críticas, lo que muestra un amplio conocimiento de la materia, así como que tiene un *firme convencimiento* en esta cuestión (pp. 97 a 106). Con delicadeza pero sin fisuras, va *desmontando* las diversas objeciones realizadas tanto a distintos elementos de la Observación como al cambio de paradigma que dicho texto pretende: desarticula el argumento del «pensamiento único» aludiendo a la multiplicidad de entidades intervinientes –cada una con su propia identidad y reclamaciones–; desactiva la crítica de que la CDPD engloba un grupo muy heterogéneo de tipos de discapacidad; frente a la posible *infantilización* de tales personas muestra el carácter diferente de la minoridad y la discapacidad, etc. Y así, con todos y cada uno de los argumentos expuestos por los citados autores: en ocasiones rebatiéndolos de frente, en ocasiones matizando sus objeciones. Muy atinada resulta a mi juicio la consideración de que la Convención permite, en último término, el mecanismo la «representación» pero no el de la «sustitución» –tal y como luego se verá en el análisis del Anteproyecto de ley (pp. 103-104 y 223 y ss.)–. Así, distingue la toma de decisiones «en nombre de otro» y «por otro», lo que conecta con la idea ya conocida de que no se ha de actuar conforme a un teórico «interés superior» de la persona con discapacidad, sino dando cauce a sus preferencias; esto es, al «interés preferido» por ella, o, en caso de no existir herramientas para su determinación, con la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias, para lo que es preciso una reconstrucción de aquellas. Como digo, me parece una de las partes más sobresalientes de este primer capítulo pues, tras la explicación del *iter* de la CDPD, supone un contraste de argumentaciones muy enriquecedor.

Y en tercer lugar, resulta de particular interés el análisis sobre el valor de los informes y Observaciones del Comité, donde nuevamente utiliza una batería de argumentos –en este caso, también apoyado por la STS de 17 de julio de 2018– para reconocerles valor hermenéutico, vinculante y carácter ejecutivo. Y ello «con independencia de que en el Estado Parte que hubiera firmado el Tratado y, en su caso, el Protocolo facultativo, exista o no un procedimiento autónomo y específico para reclamar la ejecución de los Dictámenes que, a su favor, hubiese dictado el Comité. Además, los Dictámenes emitidos por estos órganos que declaren la vulneración de derechos fundamentales pueden constituir el presupuesto necesario para apoyar e interponer una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» (p. 117).

Expuesto el origen de la CDPD y, en particular, del artículo 12, así como el significado propio de este en la interpretación realizada por el Comité –remarcado por el valor que la autora defiende de sus Informes y Observaciones– la obra en el capítulo II se adentra en la situación española. Y, respecto de ella, nuevamente sigue un camino lógico: en primer lugar explica el contenido de las Recomendaciones y Observaciones realizadas por el Comité tras la presentación por España de los preceptivos informes que el artículo 35 CDPD exige sobre las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones derivadas de la Convención y sobre los progresos alcanzados al respecto (pp. 119-145), para analizar a continuación los avances legislativos que, como causa o consecuencia de tales Informes, se han llevado a cabo en nuestro país (pp. 145-219).



Por lo que hace a los Informes, de manera coherente con el resto de la obra, la presentación que se hace de ellos es muy completo. En efecto, se desmenuza tanto lo expuesto por España en el primer, segundo y tercer informe (presentados el 3 de mayo de 2010 y los dos últimos de manera combinada en 2018) como las Recomendaciones efectuadas por el Comité. A pesar de que ha habido notables avances en todo este tiempo, el pormenorizado análisis que se hace de las Recomendaciones muestra que aun falta por adaptar el Código civil a la CDPD pues los documentos e intentos legislativos presentados hasta ahora no han visto la luz ni han cristalizado en una modificación legislativa. Por tal motivo, el ordenamiento jurídico civil sigue anclado, en lo que a Derecho escrito se refiere, en esquemas que no han sido pertinentemente adaptados a la Convención. Ello hace que, en la actualidad, la aplicación *de facto* de la Convención aun siga siendo de corte jurisprudencial; interpretación evolutiva iniciada por el Tribunal Supremo en una conocida resolución del año 2009. A juicio de la doctora Torres Costas, con ser un avance tal modo de proceder respecto de la situación previa, resulta insuficiente. Las razones que justifican tal opinión son, fundamentalmente, que sigue vigente el procedimiento de incapacidad y se mantiene la institución de la tutela; que legislativamente se sigue partiendo de la aceptación del principio de «interés superior» que, según el Comité, ha de ser expulsado del ordenamiento jurídico instaurándose en su lugar el del respeto a la voluntad, gustos y preferencias de la persona (p. 132); o, finalmente, en que mantiene la institución de la curatela –que asumiría un papel central en el nuevo contexto– que, según se apunta, «igualmente supone una limitación, siquiera parcial, de la capacidad jurídica de la persona» (p. 133). Así las cosas, en la actualidad está en tramitación un Anteproyecto de Ley que pretender llevar a término la insistente demanda de actualización del ordenamiento jurídico civil reclamada por el Comité. Esperemos que antes del 3 de diciembre de 2023 –fecha del próximo Informe que ha de presentar España– tal modificación haya visto la luz.

En relación a la segunda parte de este capítulo II sorprende, nuevamente, el nivel de detalle a que se llega, pues: incluye adaptaciones en materia de discapacidad implementadas por las comunidades autónomas –p. ej. analiza críticamente la Ley Foral 21/2019 de Navarra, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil de Navarra–, recoge las propuestas legislativas que se han elaborado en España y, finalmente, incluye legislación ciertamente actualizada. En tal sentido, basta con señalar que se alude a la última modificación de la *vacatio legis* de la Ley 20/2011 de Registro civil, operada por el Real Decreto Ley 6/2020, de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia; a pesar de que no se incluya tal modificación en todas la referencias que en la obra se hacen a dicha ley.

Asimismo se ha de destacar que el elenco normativo que contiene es ciertamente variado: desde materias como el Estatuto de la Víctima, a la Jurisdicción Voluntaria, pasando por el Régimen Electoral o el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en situación de igualdad. Pero, sobre todo, tal elenco constituye una ocasión para mostrar el conocimiento que de tales materias posee la autora. En efecto, no se limita a dar cuenta de los avances normativos sino que, sobre algunos de ellos, ofrece su fundamentada opinión. En este contexto destaca, por ejemplo, la crítica que –en línea con lo manifestado por el Comité– realiza a la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Entre otras consideraciones que se apuntan, y a pesar de los avances que supone tal modificación

y que alinean un texto legislativo más con la CDPD, es considerada por la doctora Torres Costas como una oportunidad desaprovechada para, por ejemplo, derogar el artículo 156 CP y eliminar la figura de la esterilización forzosa; o también muestra su desacuerdo porque supone la introducción de una definición de discapacidad más restringida que la contenida en el artículo 1 CDPD (pp. 155 y ss.). Destaca asimismo el análisis crítico realizado al hilo del derecho al voto de las personas con discapacidad, desmenuzando las diversas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que se pronunciaron sobre la cuestión, o la influencia para la modificación operada por España de las Recomendaciones del Comité, tras el análisis de la situación húngara y de los informes del Proyecto sobre la Discapacidad de la Facultad de Derecho de Harvard (pp. 183-202). O, en fin, también sobresalen las últimas propuestas de modificación legislativa que se han realizado en esta materia: la modificación del artículo 49 de la Constitución Española (pp. 203-208) o las que se realizaron al hilo de una consulta pública del Ministerio de Justicia del 9 de abril de 2018, y que se sistematizan, comentan y analizan en detalle (pp. 210-221).

El último estadio del análisis que se lleva a cabo en esta obra se dedica –tal y como se señaló– a marcar las tareas pendientes para culminar la adaptación del ordenamiento jurídico civil español a las exigencias de la CDPD –lo que constituye el extenso capítulo III–. A la luz de los datos sobre las sentencias judiciales de incapacitación que se incluyen en las páginas 223 a 227, se advierte la imperiosa necesidad de tal adaptación. Con tal preámbulo, en esta última parte se dedica toda la energía a analizar en detalle el contenido sustantivo del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica presentado por la Comisión General de Codificación en marzo de 2018 y que inició su andadura legislativa en septiembre del mismo año; camino que, según se expuso, se vio truncado por la disolución del Parlamento a comienzos de 2019 y que nuevamente ha sido retomado: el Consejo de Ministros aprobó uno nuevo –elaborado sobre aquel– el 7 de julio de 2020 y lo remitió a las Cortes el 17 del mismo mes, donde se actualmente se encuentra. Si a la vista de lo hasta ahora mencionado sobre lo completo y concienzudo del análisis de la autora, se le une que la profesora García Rubio ha sido una de las principales artífices de dicho Anteproyecto, se advierte que el resultado es brillante. Uno a uno se van analizando los ámbitos que pretende reformar la normativa mencionada –las instituciones para prestar los apoyos, la guarda de hecho, la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, la prodigalidad, etc.– destacando los puntos fuertes y débiles de la propuesta. Buena prueba de ello es que la autora incluye un segundo subapartado donde menciona los que, a su juicio, son aspectos que deberían mejorarse y cubrirse en el mencionado Anteproyecto que, según apunta, «pese al loable esfuerzo destacado, la lectura íntegra de ambos textos normativos redactados inicialmente –se refiere al propuesto por la Sección Primera y Quinta de la Comisión General de Codificación y a la segunda propuesta elaborada por la Sección Quinta en materia de internamientos que fue finalmente retirado–, no permiten afirmar, a nuestro juicio, que la reforma alcance al cien por cien el grado de adaptación de la CDPD en la versión pretendida o recomendada por el Comité, ni en sus observaciones y recomendaciones particulares al estado español ni en su Observación General Primera» (pp. 231-232). La crítica que se realiza no queda en una mera declaración genérica sino que luego se desciende a cuestiones concretas: la amplitud de la legitimación activa para solicitar los apoyos, la duda sobre la oportunidad de

mantener la nomenclatura tradicional de la «curatela» aun cuando se trate de una figura totalmente nueva y distinta, los pocos avances que supone la parte procesal del Anteproyecto, etc.

El estudio del Anteproyecto comienza con un análisis pormenorizado de los cambios que supondrá en la legislación notarial –sustituciones terminológicas, inexistencia de obligación legalmente recogida de que los Notarios cuenten con los medios necesarios para prestar apoyos, etc.– (pp. 245-249) y en el Código civil: cambios de terminología, modificaciones en materia de medidas tras la separación, filiación, prodigalidad, el derecho de testar, el depósito, el mandato, etc. (pp. 249-265 y 327-357). Incluido en el análisis de las consecuencias de la reforma del Código civil, se estudian las específicas figuras que contiene el Anteproyecto –las medidas de apoyo voluntario, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial–, a la vez que da cuenta del cambio de paradigma que se pretende: la desaparición de la incapacitación como estado civil; la supresión de la figura de la tutela; el tránsito de la «sustitución» a la «representación»; el reemplazo del criterio del «interés superior» de la persona con discapacidad al de su «interés preferido»; el respeto a la decisiones personales estableciendo el criterio de la «voluntad, deseos y preferencias» manifestados –lógicamente, arbitrando los medios necesarios para ello– o, en su defecto, la reconstrucción de la voluntad para averiguar lo que hubiera querido –la «mejor interpretación de su voluntad»–; la introducción del «derecho a rechazar el apoyo», etc. En definitiva una mejora en la promoción de la dignidad e igualdad de las personas con discapacidad.

El examen del Anteproyecto culmina con un estudio de las modificaciones que supondrá en materia hipotecaria –requisitos para constituir hipoteca legal o el cambio terminológico en el «Libro de incapacidades», entre otros–; en la Ley de Enjuiciamiento Civil –la nueva redacción del artículo 749 o del 753 LEC, la comunicación de oficio de las resoluciones judiciales a los diversos Registros, la inclusión de la prodigalidad en el capítulo relativo a los apoyos, etc.–; en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad –básicamente cuestiones terminológicas sin que supongan un efectivo «cambio de enfoque»–; en la Ley del Registro civil –la modificación de los actos y hechos inscribibles de acuerdo con el nuevo paradigma, la supresión de referencias a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, o la ampliación de la legitimación para el acceso a asientos con datos especialmente protegidos–; o, en fin, en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria: la incorporación del nuevo procedimiento para cuando no hay oposición a la provisión de apoyos, la obligada revisión periódica de las sentencias que contengan medidas de apoyo, la modificación del derecho a retribución del curador o, en fin, alteraciones en la legitimación activa en varios supuestos. Como el lector podrá imaginarse, la exposición de todas estas modificaciones proyectadas va acompañada por un análisis crítico y, en muchos casos, con propuestas de mejoras o modos de interpretar los preceptos de que se trate para alinearlos mejor con el contenido de la Convención.

Finalmente, y quizá por la experiencia práctica de la autora en el campo de los ingresos en centros gerontológicos, la obra culmina con un estudio –a mi juicio, de especial interés– sobre la reforma pendiente en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales. Como se ha apuntado, la citada materia constituía el contenido del segundo texto elaborado por la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación –paralelo con el hasta ahora comentado– y que habría de ser tramitado con rango de ley orgánica, pero que finalmente fue retirado (pp. 422-472). De este aná-

lisis, dos cuestiones merece la pena destacar ahora: el estudio pormenorizado del actual artículo 763 LEC, respecto del que la doctora Torres Costas no duda en criticar y manifestar su oposición al paradigma establecido por la CDPD, salvo que –tal y como propone (p. 428)– tal procedimiento tenga por objeto averiguar –proveyéndose los apoyos que sean oportunos– la voluntad de la persona con discapacidad respecto del internamiento –o, en último caso, realizar la «mejor interpretación de su voluntad»–. Y es que la única opción posible para los internamientos es admitirlos cuando conste la voluntariedad de la persona. Hasta entonces, la regulación que sea no se alineará con los postulados introducidos en el ordenamiento jurídico por la CDPD.

La segunda cuestión a mencionar es el detallado análisis de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional relativos a ingresos de personas mayores en centros gerontológicos en sus relevantes resoluciones del año 2016 (13/2016, 34/2016 y 132/2016) donde se pulen los elementos más controvertidos a fin de evitar que tales ingresos se conviertan en auténticas privaciones de libertad. A juicio de la autora, buena parte de los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional están en línea con la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos efectuada por el TEDH. Y tanto el texto de dicho Convenio como la interpretación resultan contradictorios con la CDPD, motivo por el cual, sobre la base de los principios de especialidad, temporalidad y *pro homine* (p. 454) se propone su «actualización» para adaptarse al enfoque de derechos humanos implantado por aquella. Actualización que, por desgracia, no se ha incluido tampoco en el Proyecto de Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología que se tramita actualmente en el Consejo de Europa (pp. 459 y ss); texto que supone una continuación del paradigma médico-rehabilitador.

Como se puede observar de lo reseñado, la obra que se recensiona es un estudio exhaustivo del artículo 12 de la CDPD, de sus consecuencias prácticas, de los avances legislativos dados por España en esta materia, así como de las tareas pendientes para adecuar algunas regulaciones aún no acordes con el nuevo enfoque establecido por la Convención. Pero lo más interesante de todo es que el muy correcto análisis técnico realizado por la doctora Torres Costas con el apoyo de su directora de Tesis –motivos por los que se les ha de felicitar– deja traslucir lo que hay debajo –y que es lo verdaderamente importante–: una profunda consideración de la dignidad de todas y cada una de las personas con discapacidad y un vivo interés por mejorar sus condiciones reales de vida. Les dejo que lean la obra en primera persona y lo descubran.

Antonio LEGERÉN-MOLINA  
Profesor Contratado Doctor  
Universidad da Coruña

## Revistas Españolas

**Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor Ayudante Doctor, acreditado a Profesor Contratado Doctor, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (Profesora Ayudante Doctora, acreditada a Profesora Contratada Doctora, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla)**

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. 6. Propiedad horizontal. 7. Propiedad intelectual. 8. Derecho inmobiliario registral. 9. Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico-matrimonial. 10. Patria potestad y filiación. 11. Derecho de sucesiones. II. *Derecho mercantil*. 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil y títulos valores. 3. Derecho concursal. 4. Derecho bancario y bursátil. 5. Derecho de la competencia. 6. Derecho de seguros. III. *Derecho y nuevas tecnologías*. IV. *Derecho de los consumidores*. V. *Derecho urbanístico*. VI. *Derecho del medio ambiente*. VII. *Resolución extrajudicial de conflictos*. VIII. *Derecho procesal*. IX. *Derecho de la Unión Europea*. X. *Derecho comparado*. XI. *Varia*.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea», en *AAMN*, núm. 59, 2019.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de contratos civiles y de legislación procesal. Comentario a la STC, Pleno, 13 de noviembre de 2019 (RTC 2019, 132)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 277-314.

COBAS COBIELLA, María Elena: «Gratuidad de los actos jurídicos», en *AC*, núm. 5, 2020.

GALLUT ORTEGA, Miguel I.: «El TS “resucita” los poderes generales: comentando la esperada sentencia del Pleno del TS de 27 de noviembre de 2019», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 179-188.

PÉREZ-CABALLERO ABAD, Pedro: «El retraso desleal como límite al ejercicio de los derechos», en *RDP*, núm. 5, 2020, pp. 45-65.

- REY MUÑOZ, Francisco Javier: «La incidencia del Estado de alarma en el régimen transitorio del artículo 1964.2 CC», en *AC*, núm. 7, 2020.
- ROGEL VIDE, Carlos: «La azarosa gestación del Código civil y sus protagonistas», en *RGLJ*, núm. 1, 2020, pp. 7-23.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Signos contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres», en *RDCD*, núm. 26, 2020.

## DERECHO DE LA PERSONA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», en *RDP*, núm. 3, 2020, pp. 3-33.
- AVIÑO BELENGUER, David: «El consentimiento del menor de edad en el tratamiento de datos de carácter personal», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 –Pleno– 18 de julio de 2019 (RTC 2019, 99)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 307-344.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores en situación de desamparo: en especial, la incidencia del estado de alarma decretado por el COVID-19», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2298-2351.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad», en *AC*, núm. 9, 2020.
- CAZORLA GONZÁLEZ, María José: «Avances civiles en derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad en el proyecto de ley», en *RGLJ*, núm. 3, 2020, pp. 365-412.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Entre personas y cosas: los animales, ¿Cómo tertium genus?, de Torres Perea», en *RDP*, núm. 3, 2020, pp. 113-128.
- CORBÍ AGUIRRE, Álvaro: «Los límites del sistema de protección de menores en España: especial referencia al desamparo de menores», en *AC*, núm. 10, 2020.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: «Los derechos de las personas con discapacidad: últimas tendencias», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- DE LA TORRE OLID, Francisco: «Debilitamiento del consentimiento informado consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19», en *AC*, núm. 5, 2020.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2227-2268.
- ELIZALDE SALAZAR, Idoia: «Comentario a las “Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications”», en *InDret*, núm. 2, 2020.

- ESPÍN ALBA, Isabel: «Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y periodismo de investigación: la utilización de cámaras ocultas en reportajes televisivos», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1856-1877.
- GARRÓS FONT, Inma: «Soluciones tecnológicas para el tratamiento de datos personales en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- GÓMEZ SANTOS, María: «A vueltas con el documento de datos fundamentales y su necesaria digitalización», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «Mujer y empresa: análisis jurídico de la perspectiva de género en los órganos de decisión empresarial», en *RDP*, núm. 5, 2020, pp. 3-28.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «El Principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006),...», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 111-138.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La Protección de datos personales en el Registro de la Propiedad», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 1-24.
- MATA SÁIZ, Alberto: «La crisis de la personalidad jurídica. Del levantamiento del velo a la aplicación jurisprudencial actual del principio de relatividad de los contratos», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 359-394.
- MERAYO FERNÁNDEZ, Rodrigo: «La Videovigilancia empresarial ante los derechos a la intimidad y a la Protección de Datos Personales», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel: «La colocación de una cámara falsa vulnera el derecho a la intimidad. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4458)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 241-276.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «Quién, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *AC*, núm. 10, 2020.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- PÉREZ CALVO, Ignacio: «Sobre la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil», en *AC*, núm. 10, 2020.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Protección de Datos y propiedad intelectual en la docencia online», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- «La transferencia internacional de datos personales a Estados Unidos después de la anulación del “escudo de privacidad”», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, Fernando José: «El Notario ante el nuevo Registro Civil: una fusión en beneficio del ciudadano», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco: «La firma electrónica como medio reforzado de verificación del consentimiento de los menores de edad en materia de protección de datos personales por parte de las administraciones públicas», en *RDNT* núm. 53, 2020.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «Discriminación positiva y profesorado universitario. Especial atención al acceso y promoción a la función pública», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 257-300.

TORRES COSTAS, María Eugenia: «Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios y otros derechos fundamentales», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 265-285.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Concesión de moratorias a los deudores de préstamos y créditos como consecuencia del Covid-19», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 345-358.

AGÜERO ORTIZ, Alicia: «El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos “El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020”», en *Indret*, núm. 4, 2020, pp. 52-115.

AGUILERA MORALES, Encarnación: «El penúltimo capítulo sobre cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la sentencia TJUE “Ibercaja Banco”», en *REDE*, núm. 75, 2020, pp. 103-119.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes: «Los pilares de un préstamo responsable en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Ley 5/2019, 15 de marzo): la transparencia del prestamista y la evaluación de la solvencia del prestatario», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2155-2188.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «La cláusula que establece una duración de 5 años para un contrato de mantenimiento de ascensores es abusiva. Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3566)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 127-146.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «La compravenda de consum és “legislació civil” i té com a únic límit “les bases de les obligacions contractuales”: Apunts sobre un canvi de rumb –estable?– en la jurisprudencia constitucional», en *RJC*, núm. 1, 2020, pp. 9-30.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de contratos civiles y de legislación procesal. Comentario a la STC, Pleno, 13 de noviembre de 2019 (RTC 2019, 132)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 277-314.

BERNARD MAINAR, Rafael: «Un nuevo enfoque de los contratos bajo la perspectiva del análisis económico del derecho (AED)», en *RGLJ*, núm. 1, 2020, pp. 25-67.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Precontrato de opción y derecho real de opción», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 51-98.



BUSTO LAGO, José Manuel: «Validez y eficacia del arrendamiento rústico con opción de compra concertado por uno solo de los cónyuges sobre inmuebles postgananciales. Comentario a la STS 474/2019, de 17 de septiembre (RJ 2019/3662)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 139-158.

— «Control de transparencia de cláusula de fijación de un tipo de interés mínimo en préstamo hipotecario a interés variable: suficiencia de la información precontractual e incompatibilidad de la transparencia con la abusividad. Comentario a la STS 9/2020, de 8 de enero (RJ2019, 5390)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 213-236.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Panorama general de la cláusula IRPH: Antecedentes fácticos, precedentes argumentativos, doctrina consolidada del TJUE y su recepción por parte de nuestros Juzgados y Audiencias Provinciales», en *AC*, núm. 9, 2020.

— «La validez de los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo: Doctrina consolidada del TJUE (STJUE de 9 de julio de 2020) y su incidencia sobre el criterio jurisprudencial de nuestro TS (SSTS de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018)», en *AC*, núm. 10, 2020.

— «Distribución de gastos hipotecarios, comisión de apertura, plazo de prescripción de la acción restitutoria e imposición de costas judiciales: La STJUE de 16 de julio de 2020 y su incidencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *AC*, núm. 11, 2020.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Alquileres y residencias de estudiantes ante el Covid-19: ¿Un caso olvidado?», en *RdPat*, núm. 52, 2020.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Notas sobre la relevancia de la actuación notarial en los contratos de crédito inmobiliario», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 41-62.

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y RODRIGO VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia CoViD-19», en *RDC*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 123-161.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: «Calificación del crédito como “litigioso” en la Jurisprudencia de la sala primera del Tribunal Supremo: comentario a la STS (sala primera) de 3 de marzo de 2020 (JUR 2020/85237)», en *RdPat*, núm. 52, 2020.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda. Comentario a la STS de 15 de enero de 2020 (RJ 2020, 652)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 251-274.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», en *RDP*, núm. 4, 2020, pp. 93-120.

ESPÍN ALBA, Isabel: «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en el Directiva 2019/770/ UE», en *RDP*, núm. 6, 2020.

- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «La aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2037-2095.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Una nota estructurada, la quiebra de Madoff y la regla “rebus sic stantibus”. Comentario a la STS de 9 de enero de 2019 (RJ 2019, 5)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 155-180.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Condiciones generales de la contratación y no consumidores. Obstáculos para el control de transparencia», en *AC*, núm. 7, 2020.
- FERRER RIBA, Josep *et al.*: «¿Es válida y eficaz una cláusula estatutaria que prohíbe el arrendamiento de las viviendas del edificio por habitaciones?», en *AC*, núm. 11, 2020.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «¿Es constitucional una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda?», en *AC*, núm. 5, 2020.
- «La oponibilidad de los acuerdos comunitarios limitativos de viviendas de uso turístico» de la vivienda familiar?», en *AC*, núm. 7, 2020.
- «La importancia de las condenas de futuro para combatir la morosidad en las comunidades de propietarios», en *AC*, núm. 10, 2020.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Naturaleza y régimen de la donación remuneratoria en el Código Civil español», en *RDP*, núm. 4, 2020, pp. 67-92.
- GANUZA, Juan José y GÓMEZ POMAR, Fernando: «Los Instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 558-584.
- GARCÍA MAYO, Manuel: «Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos en las viviendas de uso turístico», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1487-1529.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, José María: «Un año después de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *AC*, núm. 7, 2020.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Anulación parcial del contrato por vicio de consentimiento. Derivado implícito (swap) y contrato de préstamo con garantía hipotecaria: vinculación. Comentario a la STS 559/2019, de 23 de octubre (RJ 2019, 4222)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 229-240.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Fuerza mayor», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 1-11.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián: «Intereses moratorios procesales y sustantivos: concepto, diferencias y aplicación judicial; problemas prácticos», en *AC*, núm. 10, 2020.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Resolución de contrato de permuta por obra futura y restitución. Efectos frente a terceros adquirientes. Comentario a la STS de 5 diciembre 2018 (RJ 2018, 690)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 75-98.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Revisión jurisprudencial del índice IRPH en los préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1801-1821.
- GUILLARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria (reflexiones tras la STS de 11 de septiembre de 2019)», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 11-48.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Responsabilidad contractual del adquirente del negocio o empresa frente a los clientes y las doctrinas de la confianza legítima y de la protección del crédito dentro del orden público económico: la progenie jurisprudencial del caso Caixabank-Pimebank», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 255-284.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «La interpretación del contrato de fianza: implicaciones de la forma y de la regla sobre el carácter expreso», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 189-222.
- JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos: «El ámbito de aplicación de la Ley de créditos inmobiliarios», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 63-98.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El derecho de retracto arrendaticio urbano para arrendamientos sujetos a la Ley 4/2013, al Real Decreto Ley 21/2018 y al Real Decreto Ley 7/2019», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1878-1905.
- «Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2430-2455.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Caso fortuito y fuerza mayor como causas de exoneración de la responsabilidad contractual», en *PDD*, núm. 143, 2020.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «Generación de confianza en el comprador por las entregas a cuenta en la adquisición de vivienda sobre plano y responsabilidad de las entidades avalista. Comentario a la STS de 8 de enero 2020 (RJ 2019, 5391)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 237-250.
- LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: «En torno a la interpretación jurisprudencial del retraso de créditos litigiosos (a propósito de la STS 151/2020, de 5 de marzo)», en *RDP*, núm. 5, 2020, pp. 83-103.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «De la donación reversional: comentando la RDGRN de 27 de marzo de 2019», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 325-388.
- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «Evolución doctrinal de la cláusula *rebus si stantibus* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: comentario a la sentencia del TS de 6 de marzo de 2020 (JUR 2020/89493)», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- «La prohibición de pacto comisorio y su extensión a los negocios jurídicos indirectos: comentario a la sentencia del TS de 4 de febrero 2020 (RJ 2020, 320)», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «La esperada doctrina de la Dirección General de Registro y del Notariado sobre la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 237-254.

- MARTÍN FUSTER, José Manuel: «El factor de pertinencia en la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas», en *AC*, núm. 6, 2020.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Control de transparencia de la cláusula de determinación del interés variable. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª Núm. 538/2019 de 11 octubre (RJ 2019, 3852))», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 207-228.
- «El control de transparencia de la cláusula IRPH según el TJUE. Comentario a la STJUE de 3 de marzo 2020 (TJCE 2020, 3)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 375-416.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La promesa de donación: supuesto general y realización en convenio regulador», en *AC*, núm. 9, 2020.
- MILÁ RAFEL, Rosa: «Cláusula “rebus sic stantibus” y contrato de arrendamiento: el riesgo de disminución de rentabilidad del negocio debe ser considerado propio de la arrendataria. Comentario a la STS de 15 de enero de 2019 (RJ 2019, 146)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 181-206.
- «Cláusula “rebus sic stantibus”, riesgo contractual y modificaciones normativas en el mercado públicamente intervenido de la energía solar fotovoltaica. Comentario a la STS de 18 de julio de 2019 (RJ 2019, 3599)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 43-66.
- MOCHOLI FERRANDIZ, Ester M.: «Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19», en *AC*, núm. 5, 2020.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Responsabilidad civil contractual y extracontractual en el ámbito de la edificación. Responsabilidad por defectos de diseño de sótano destinado a garaje. Comentario a la STS de 13 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5416)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 99-118.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «“Autoatención” y mercado hipotecario: la hipoteca inversa “protegida”», en *AC*, núm. 9, 2020.
- PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, Jesús y BALLESTEROS MARTÍNEZ DE MEDINILLA, Manuel: «La STJUE de 9 de julio de 2020 (asunto C-81/19) y su posible incidencia en los litigios sobre préstamos multidivisa», en *AC*, núm. 11, 2020.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Requisitos de incorporación y control de transparencia en contratos de préstamo con empresarios personas físicas. Comentario a la STS de 20 de enero de 2020 (RJ 2020, 66)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 325-344.
- RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: «Mala fe y eficacia frente a tercero de los derechos de crédito», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «Análisis de la nueva versión de los “términos de comercio internacional” de la Cámara de Comercio Internacional: los Incoterms 2020», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 145-192.

- RUBIO DOMINGO, Diego: «Interpretación y valoración de relaciones contractuales como “un todo” a los efectos de determinar la cuantía de la indemnización por clientela. Comentario a las SSTs Núm. 505 y 506/2019, de 1 de octubre (RJ 2019, 3799 y RJ 2019, 3772)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 187-206.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1837-1855.
- «Cláusula “rebus sic stantibus”: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2391-2409.
- SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «Problemática de la representación de los órganos directivos de la comunidad de propietarios en el ámbito contractual», en *AC*, núm. 9, 2020.
- «De nuevo sobre la validez de la cláusula de sujeción a la prórroga forzosa», en *AC*, núm. 10, 2020.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «La transmisión de la propiedad del bien hipotecado al acreedor con efectos extintivos de la obligación. Reflexiones a propósito de la Ley de contratos de crédito inmobiliario», en *RDC*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 35-69.
- SEGURA MOREIRAS, Adrián y SUÁREZ PUGA, Ernesto: «Cláusulas de referenciación IRPH: cuestiones litigiosas y algunas propuestas de resolución», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 151-182.
- «Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria», en *Indret*, núm. 3, 2020, pp. 505-534.
- SERRA I CAMÚS, Miquel: «Efectes de la Covid-19 sobre els contractes civils. Cas fortuït, impossibilitat de compliment i clàusula rebus sic stantibus (Part Primera)», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 321-344.
- SERRANO RUIZ, Miguel Ángel: «Responsabilidad de la aerolínea ante la cancelación de un viaje combinado, aun cuando la agencia de viajes ha quebrado: comentario a la STJUE (sala tercera) de 10 de julio de 2019 (TJCE/2019/136)», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La reforma del contrato de servicios», en *RDBB*, año 39, núm. 158, 2020, pp. 191-214.
- URREA SALAZAR, Martín Jesús: «El forfaiting: aspectos de Derecho Internacional Privado», en *AC*, núm. 9, 2020.
- VAQUERO LÓPEZ, María del Carmen: «El alcance de las medidas de emergencia adoptadas por el legislador español con motivo de la COVID-19 sobre los contratos internacionales», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- VÁZQUEZ PASTOR-JIMÉNEZ, Lucía: «La distribución de la economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico: el caso AIRBNB: comentario a la STJUE de 19 de diciembre de 2019 (TJCE 2019, 302)», en *RdPat*, núm. 53, 2020.

- VICENTE BLANCO, Dámaso F. Javier: «Medidas de excepción adoptadas en las normas del estado de alarma por causa de la pandemia COVID-19 y sus efectos en los contratos internacionales», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «Asesoramiento profesional en la Ley de contratos de crédito inmobiliario y su desarrollo normativo. Consideraciones críticas», en *RDC*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 71-121.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «La interpretación del carácter imperativo de la ley de contratos de crédito inmobiliario en materia de intereses moratorios: comentario a la RDGRN de 28 de enero de 2020 (RJ 2020, 1685)», en *RdPat*, núm. 53, 2020.

### RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «La responsabilidad civil del administrador por deudas sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (algunas anotaciones críticas)», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I.: «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 207-226.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Una aproximación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial de 27 de abril de 2020», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Importe de la indemnización de daños y perjuicios que Mediaset debe a ITV, titular del programa de televisión Pasapalabra, por la explotación sin licencia del mismo. Comentario a la STS 504/2019, de 30 de septiembre (RJ 2019, 3625)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 147-158.
- BROTO CARTAGENA, Jesús Antonio: «La asunción de riesgos y los daños ocurridos en actividades deportivas», en *PDD*, núm. 143, 2020.
- «Responsabilidad civil y la protección de la infancia (1)», en *AC*, núm. 11, 2020.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Responsabilidad civil extracontractual de las comunidades de propietarios. Precisiones conceptuales y problemática práctica», en *PDD*, núm. 144, 2020.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «A vueltas con la responsabilidad de las residencias de mayores por la gestión de la pandemia», en *AC*, núm. 11, 2020.
- JARNE MUÑOZ, Pablo: «En torno a la responsabilidad del transportista aéreo y su (posible) aptitud para englobar supuestos de daños personales ajenos a la actividad de transporte», en *AC*, núm. 7, 2020.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Siniestro total, valor venal y reparación íntegra», en *PDD*, núm. 144, 2020.

- MAGRO SERVET, Vicente: «¿Cómo opera la responsabilidad civil en el proceso penal?», en *AC*, núm. 10, 2020.
- «Responsabilidad por daños causados en garajes», en *PDD*, núm. 142, 2020.
- «La consignación civil del “daño punitivo” para conseguir la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) cuando ha pagado ya la aseguradora», en *PDD*, núm. 144, 2020.
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «Responsabilidad civil notarial: la existencia de cargas no advertidas al comprador y la dificultad de cumplir el deber de información», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 147-178.
- PABLOS VIOLETA, Rosa Marta: «Determinación de la responsabilidad civil en ejecución de la sentencia penal», en *AC*, núm. 11, 2020.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Responsabilidad civil contractual y extracontractual en el ámbito de la edificación. Responsabilidad por defectos de diseño de sótano destinado a garaje. Comentario a la STS de 13 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5416)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 99-118.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia: «Ahogamientos silenciosos: la responsabilidad civil del socorrista y de la empresa de socorrismo por no prevenirlos. Fallecimiento de menor de edad en piscina vigilada. Comentario a la STS 678/2019, de 17 de diciembre (RJ 2019, 5140)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 193-212.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Los fondos de indemnización de daños corporales», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 5-50.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio?», en *PDD*, núm. 142, 2020.
- SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad del suministrador y daños causados por productos defectuosos. Comentario a la STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020, 646)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 345-374.

## DERECHOS REALES

- BASTANTE GRANELL, Víctor: «Servidumbre forzosa de paso en beneficio de finca enclavada: aspectos sustantivos y procesales», en *RDP*, núm. 3, 2020, pp. 47-92.
- BOIX PALOP, Andrés: «La Ley valenciana 2/2017 por la función social de la vivienda tras el control de constitucionalidad operado por la STC 80/2018», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 177-189.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Legitimación del usufructuario del predio dominante para constituir una servidumbre voluntaria de paso. Comentario a la STS 704/2018, de 13 de diciembre (RJ 2018, 5439)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 119-134.

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La teoría del título y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2.º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 1995-2036.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una propuesta de reforma legislativa», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- «Validez, y posible eficacia frente a terceros, del pacto de extensión de hipoteca, en nuestra jurisprudencia», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 223-266.
- DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, Jesús: «La intermediación hipotecaria como alternativa a la ejecución de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios. Especial referencia al Código de consumo de Cataluña», en *RDC*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 199-221.
- FERNÁNDEZ SALAS, Ignacio: «La hipoteca inversa; su finalidad y posibles consecuencias», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 277-280.
- FERNÁNDEZ YÁÑEZ, Pedro: «La donación de inmueble en documento privado no es justo título para usucapir: comentando la STS de 5 de noviembre de 2019», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 465-470.
- GARCÍA POMBO, Alberto: «Hipotecante no deudor, tercer poseedor y el martillo de Maslow», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 341-368.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Los efectos del COVID-19 en el derecho inmobiliario: especial referencia a las moratorias hipotecarias», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2352-2370.
- HIJAS CID, E.: «La inscripción del derecho real de hipoteca tras la declaración de concurso», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 267-324.
- JIMÉNEZ ESCOBAR, Raúl: «Prenda sobre acciones no cotizadas y participaciones sociales. Varias cuestiones, y dos problemas con la prenda», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 443-453.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «La acción pauliana. Consecuencias restitutorias, con especial atención a la protección de los subadquirentes y a la restitución de frutos», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «Hipotecante no deudor, deuda garantizada y convenio en el Texto Refundido Concursal», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 435-444.
- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La prohibición de pacto comisorio y su extensión a los negocios jurídicos indirectos: comentario a la sentencia del TS de 4 de febrero 2020 (RJ 2020, 320)», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «La hipoteca sobre varias fincas en garantía de un único crédito: distribución de responsabilidad, cancelación parcial y ejecución», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1649-1682.



- MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia: «El usufructo de participaciones de una sociedad limitada de cartera: el derecho de compensación del usufructuario por beneficios obtenidos y no distribuidos durante el usufructo», en *RDM*, núm. 318, 2020.
- SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «¿Cómo computa la titularidad de una cuota indivisa de una vivienda en la calificación legal de gran tenedor?», en *AC*, núm. 6, 2020.
- TRINCADO AZNAR, José María: «El ámbito legitimador de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2097-2151.
- ZARAGOZA CANO, Francisco: «La STS de 11 de septiembre de 2019: comentarios y su repercusión actual en los procedimientos de ejecución hipotecarios y declarativos de desahucio», en *AC*, núm. 6, 2020.

### PROPIEDAD HORIZONTAL

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Cláusulas estatutarias limitativas de pisos turísticos según el art 17.12 LPH: régimen de mayoría, cómputo de los ausentes no disidentes y posible eficacia frente a terceros: comentario a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 de junio 2020 (BOE 10-7-2020)», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: «Acuerdo de instalación de ascensor adoptado mediante el juicio de equidad. Relación con los acuerdos de eliminación de barreras arquitectónicas en favor de personas con discapacidad. Comentario a la STS de 27 de junio de 2019 (RJ 2019, 3123)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 71-86.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (2 de 2)», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1925-1946.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 99-135.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Bajada de ascensor a cota cero: cláusula de exoneración de gastos, acuerdos abusivos y otros problemas. Comentario a la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1275)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 227-250.

### PROPIEDAD INTELECTUAL

- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La creación de la llamada remuneración equitativa en nuestra normativa sobre propiedad intelectual y su encaje en la Directiva sobre “copyright” aprobada por la Comisión Europea», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- CANTOS PARDO, Marta: «Tutela cautelar de la Propiedad Industrial: “Protective Letters” o escritos preventivos», en *RdPat*, núm. 52, 2020.

- ESPIGARES HUETE, José Carlos: «Perspectivas sobre la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante las descargas ilegales», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 187-224.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Protección de Datos y propiedad intelectual en la docencia online», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «El nuevo concepto de marca en la modificación de la Ley de Marcas y, en su reglamento de ejecución, para adaptarse a la Directiva de Marcas de 2015», en *RDP*, núm. 3, 2020, pp. 35-45.
- RUBÍ PUIG, Antoni; y SOLSONA VILLARRASA, Pol: «Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 490-504.

### DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- CUARTERO RUBIO, María Rosa: «Acceso al registro de una escritura de compraventa y determinación de la ley aplicable en el contexto interregional. Comentario a la Resolución DGRN de 29 de agosto de 2019 (RJ 2019, 4253)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 67-126.
- GARCÍA POMBO, Alberto: «Hipotecante no deudor, tercer poseedor y el martillo de Maslow», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 341-368.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «Hipotecante no deudor, deuda garantizada y convenio en el Texto Refundido Concursal», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 435-444.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La pretendida inscripción “constitutiva” de la hipoteca según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AAMN*, núm. 59, 2019.

### DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 158/2020, de 3 de febrero)», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1745-1800.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «La pensión compensatoria a través de las sentencias del Tribunal Supremo de la última década», en *AC*, núm. 11, 2020.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de desacuerdo: ¿una “pertenencia” de la vivienda familiar?», en *AC*, núm. 7, 2020.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo; y GARCÍA MAYO, Manuel: «Crisis de pareja y animales domésticos, en caso de acuerdo: algunos consejos prácticos para su redacción y homologación», en *AC*, núm. 6, 2020.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1729-1744.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «La compensación por desequilibrio económico en la separación y el divorcio: últimas tendencias jurisprudenciales», en *AC*, núm. 10, 2020.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Confesión de privatividad. Impugnación por el confesante de la manifestación, realizada en el momento de la adquisición, de que el dinero invertido en la compra del inmueble pertenecía en exclusiva a su esposa. Comentario a la STS de 15 de enero de 2020 (RJ 2020, 649)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 275-302.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Calificación de las indemnizaciones percibidas por contingencias del cónyuge trabajador en el régimen de gananciales», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- GAGO SIMARRO, Clara: «Las parejas de hecho de complacencia», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 217-263.
- GARCÍA MAYO, Manuel: «Retroactividad de la extinción de la pensión compensatoria: comentario a la STS 676/2019 de 17 de diciembre (RJ/2019/5209)», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- «Crisis familiar y vivienda propiedad de tercero», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 405-442.
- LÓPEZ JARA, Manuel: «El nuevo procedimiento especial de derecho de familia para pretensiones con origen directo en la crisis sanitaria del COVID-19», en *AC*, núm. 5, 2020.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «Modificación de medidas definitivas relativas a los hijos menores sin necesidad de que se produzca una alteración “sustancial” de las circunstancias. Comentario a la STS núm. 211/2019, de 5 de abril (RJ 2019, 1866)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 251-268.
- «Relación entre el convenio regulador y los nuevos planes de parentalidad: delimitación, contenido y eficacia (1)», en *AC*, núm. 9, 2020.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «El régimen de separación de bienes de Baleares cuando uno de los cónyuges es empresario», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La promesa de donación: supuesto general y realización en convenio regulador», en *AC*, núm. 9, 2020.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «La cuantificación de la compensación por trabajo doméstico “ex” art. 1438 cc. la calificación de la coordinación del personal doméstico como trabajo cualificado y especialmente remunerado (7000 euros netos/mes). Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Núm. 658/2019 de 11 de diciembre (RJ 2019, 5090)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 331-366.

- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», en *RDP*, núm. 6, 2020.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La afectación del estado de alarma a los procedimientos de familia», en *AC*, núm. 5, 2020.

### PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «El asentimiento a la adopción de la madre biológica y la limitación de la autonomía de la voluntad de la mujer. Una propuesta de lege ferenda», en *RDP*, núm. 5, 2020, pp. 105-122.
- PLANAS BALLVÉ, María: «Menors d'edat, responsables parentals i xarxes socials», en *RJC*, núm. 1, 2020, pp. 32-62.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada: En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución», en *InDret*, núm. 4, 2020, pp. 116-146.

### DERECHO DE SUCESIONES

- BOLÁS ALFONSO, Juan: «La protección de las legítimas en el nuevo artículo 831 del Código Civil», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 389-404.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Imposibilidad de los abuelos de ver y mantener relaciones con sus nietos: supuesto de maltrato psicológico y causa de desheredación», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2283-2297.
- DÍAZ TEIJEIRO, Carlos M.: «Delegación de la facultad de mejorar y pago de la legítima. Comentario a la STS de 24 de mayo 2019 (RJ 2019, 2113)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 289-306.
- «El abandono del causante y la exclusión hereditaria. Comentario a la STS 2 julio 2019 (RJ 2019, 3141)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 111-124.
- GAGO SIMARRO, Clara: «La imputación de donaciones realizadas a un descendiente legitimario en la sucesión del donante. Comentario a la STS 468/2019, de 17 de septiembre (RJ 2019, 3619)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 159-186.
- GONZÁLEZ COLOMA, Gema: «Conflictos de intereses entre el nudo propietario y el cónyuge usufructuario: análisis de un supuesto concreto», en *AC*, núm. 10, 2020.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Algunos problemas de los legados de acciones o participaciones sociales: comentando las SSTS de 19 de julio de 2018 y de 3 de junio de 2019», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 443-454.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El artículo 1035 del Código civil y la colación como norma de reparto y anticipo de la herencia si concurren herederos forzosos», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2371-2390.

- NOGUERA NEBOT, Tomás: «Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1822-1836.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Protocolo familiar, pactos parasociales y sucesión contractual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1906-1924.
- REPRESA POLO, María Patricia: «Indignidad y desheredación: sanciones civiles en el orden sucesorio (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 02/07/2019)», en *RDP*, núm. 3, 2020, pp. 93-112.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Reglas de imputación de las donaciones hechas a los legitimarios: comentario a la STS 27 junio 2019 (RJ 2019/2689)», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «La libertad de testar: entre constitución y familia», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 13-46.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 287-330.
- VELASCO RETAMOSA, José Manuel: «El reenvío de retorno en el supuesto sucesorio. Comentario de la STS (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5442)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 57-74.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «La voluntad real del testador. Ineficacia de disposiciones testamentarias por crisis posterior al otorgamiento del testamento», en *RDP*, núm. 4, 2020, pp. 43-66.

## DERECHO MERCANTIL

### DERECHO DE SOCIEDADES

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 158/2020, de 3 de febrero)», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «La responsabilidad civil del administrador por deudas sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (algunas anotaciones críticas)», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- ALTIRRIBA I VIVES, Xavier y CUENCA MÁRQUEZ, Juan: «El Compliance y su impacto en el Gobierno Corporativo: el encuadre del Compliance Officer», en *RJC*, núm. 4, 2019, pp. 1021-1038.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Responsabilidad del administrador en una sociedad por incumplimiento de los deberes legales de disolución por las deudas sociales pagadas por el fiador. Momento del nacimiento de las acciones del fiador. Comentario a la STS de 16 de enero de 2020 (RJ 2020, 814)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 303-324.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón: «Reflexiones sobre el deber de lealtad de los accionistas en la sociedad anónima cotizada», en *RDS*, núm. 59, 2020.

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «La protección de los acreedores en los supuestos de separación y exclusión de socios», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- «Fusión transfronteriza: control del abuso y modificación de acuerdos (a propósito del caso Mediaset)», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- ARAGONÉS SEJO, Santiago: «Inscripción de la prohibición estatutaria de constituir derechos reales sobre participaciones sociales. Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 y de 31 de julio de 2018 y de 7 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 3657), (JUR 2018, 241552), (RJ 2018, 4854)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 125-138.
- BALLESTER AZPITARTE, Leticia: «Novedades sobre medidas tuitivas de socios, aumentos y reducciones de capital, y aportaciones sin aumento de capital», en *RJC*, núm. 4, 2019, pp. 1005-1020.
- BENÍTEZ GARCÍA, Rufino: «Dificultades interpretativas en torno a la nulidad de los acuerdos sociales a través de la vía de impugnatoria, y los efectos ex tunc de la sentencia: comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 (RJ 2020, 956)», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- BUSTILLO SAIZ, María del Mar: «El derecho de separación de los socios en las operaciones transfronterizas», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- CABA TENA, Antonio: «Sobre el concepto de “grupo de sociedades” (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [28a] de 11 de noviembre 2019 [JUR 2020, 71021])», en *ADC*, núm. 51, 2020.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- COHEN BENCHETRIT, Amanda: «Impacto de la nueva propuesta de directiva sobre las modificaciones estructurales de las sociedades de capital», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- DE ÍSCAR DE ROJAS, Paula: «Cooperativas y falsos cooperativistas. Un comentario al hilo de la Sentencia 785/2019 del Juzgado de lo Social núm. 2 de León, de 7 de noviembre de 2019», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- DE LA CÁMARA ENTRENA, Blanca y GIL LÓPEZ DE SAGREDO, Lucía: «Aportaciones sociales no dinerarias: los bitcoins, los créditos futuros y el Know-how», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 225-236.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El blanqueo de sociedades en sede de sociedades mercantiles y sociedades cooperativas: la identificación de los titulares reales en las Directivas europeas», en *RDU*, núm. 339, 2020.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «Aproximación al significado de la responsabilidad social corporativa», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el art. 228c) LSC», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 11-30.

- ESQUERRA RESA, Lluís: «La responsabilidad, idoneidad y dedicación de los consejeros y su impacto en la remuneración», en *RJC*, núm. 4, 2019, pp. 929-966.
- FERNÁNDEZ CARBALLO, Pablo: «La aportación del “know-how” al capital social (comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 2019)», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La página web de la sociedad. Un comentario a los artículos 11 “bis”, 11 “ter” y 11 “quáter” LSC», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al Company Law Package», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, Javier: «Sociedades cotizadas, acuerdos de refinanciación y comunicación de inicio de negociaciones», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 221-234.
- GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, Juan Carlos y MENOR PUJOL, Eduard: «Evolución jurisprudencial de la responsabilidad de los administradores sociales por cierre de facto de la empresa. A propósito de la STS de 5 de noviembre de 2019», en *RJC*, núm. 1, 2020, pp. 123-140.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Deber de lealtad y enriquecimiento injusto», en *RDM*, núm. 317, 2020.
- «La cogestión en sociedades y grupos transfronterizos», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- GIRBAU PEDRAGOSA, Ramón: «Derecho de representación proporcional. En el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima: vacancia por caducidad del cargo y modificaciones estatutarias reactivas», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «No responsabilidad del administrador por impago de deuda social. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5542)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 135-154.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: «¿Es conveniente prohibir la administración de sociedades cotizadas por personas jurídicas?», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- HIJAS CID, E.: «Prestaciones accesorias: una herramienta útil para personalizar las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 87-144.
- IRÁCULIS ARRREGUI, Nerea: «Alcance de la supresión o modificación estatutaria del derecho de separación por falta de distribución de beneficios como dividendo y reconocimiento del derecho de separación a favor del socio discrepante», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- JIMÉNEZ ESCOBAR, Raúl: «Prenda sobre acciones no cotizadas y participaciones sociales. Varias cuestiones, y dos problemas con la prenda», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 443-453.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «La retribución de los administradores de las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- MARTÍNEZ ECHEVARRÍA OZÁMIZ, Paula: «Los pactos parasociales en el Derecho español», en *RGLJ*, núm. 3, 2020, pp. 413-468.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «Estado de alarma y decisiones corporativas», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia: «El usufructo de participaciones de una sociedad limitada de cartera: el derecho de compensación del usufructuario por beneficios obtenidos y no distribuidos durante el usufructo», en *RDM*, núm. 318, 2020.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 317, 2020.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El Nombre como limitación del derecho de marca tras la Real Decreto-ley 23/2018: Avances significativos en el proceso de industrialización de la denominación social», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 42-110.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- NAVARRO PÉREZ, Andrea: «El derecho de separación en las fusiones transfronterizas intracomunitarias como instrumento de protección de socio minoritario y las modificaciones introducidas por la Directiva UE 2019/2121», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- NOVAL PATO, Jorge: «¿Los derechos humanos en la agenda del gobierno corporativo? En especial, la obligación de “due diligence”», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- OTEGUI JAUREGUI, Kattalin: «¿Flexibilización de los requisitos de la dispensa de la prohibición de competencia de los administradores sociales?: (al hilo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15A, de 26 de septiembre de 2018)», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 285-296.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Reconsiderando el ejercicio del derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. Su posible enervación por la sociedad», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- PINO ABAD, Manuel: «La responsabilidad de promotores y otorgantes en la fundación sucesiva de la sociedad anónima», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 145-186.
- RAMOS GÓMEZ, Marta: «La responsabilidad del representante persona física de la persona jurídica administradora», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- RECALDE CASTELLS, Andrés: «Distribución de competencias en materia de gestión entre los órganos de las sociedades de capital», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- ROJÍ BUQUERAS, José María: «La protección del socio minoritario en los aumentos del capital social: una propuesta desde el buen gobierno corporativo», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- «El conflicto de interés de socios en el ejercicio del derecho de voto: en particular sobre su ámbito subjetivo», en *RJC*, núm. 4, 2019, pp. 987-1004.



- SÁNCHEZ PÉREZ, Luis: «El choque de derechos de los socios minoritarios en relación con la convocatoria de la junta general: reflexiones a propósito del asunto “El Enebro, S. A.”», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- SEGURA DE LASSALETTA, Raimundo: «La retribución de los consejeros ejecutivos interpretada contra legem», en *RJC*, núm. 4, 2019, pp. 967-986.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Gobierno Corporativo de sociedades cotizadas en tiempos de coronavirus. Las medidas extraordinarias de funcionamiento de los órganos de Gobierno de las Sociedades Anónimas adoptadas ante la pandemia del COVID 10», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- «La nueva regulación europea de las operaciones transfronterizas de sociedades. Panorama de la Directiva (UE) 2019/2121», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 123-144.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «La inminente obligatoriedad del “compliance” en las organizaciones como imperativo europeo; protección jurídica de la empresa, del denunciante y del denunciado», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás: «Apuntes sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades públicas locales (Reflexiones al hilo del caso “Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S. A. U”）」, en *RDM*, núm. 317, 2020.

#### CONTRATACIÓN MERCANTIL Y TÍTULOS-VALORES

- ARAGÓN POZO, Fernando: «El principio de agotamiento del derecho de distribución en bienes sin soporte material tras la Sentencia Tom Kabinet», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- FLORES SEGURA, Marta: «La prueba del interés superior de los acreedores», en *RDM*, núm. 318, 2020.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Los límites de responsabilidad en el transporte aéreo internacional de mercancías», en *RDM*, núm. 318, 2020.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «La responsabilidad contractual del cargador en el transporte marítimo de mercancías peligrosas», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- LEMA DEVESA, Carlos: «El concepto jurídico de anunciante», en *RDM*, núm. 317, 2020.

#### DERECHO CONCURSAL

- ALARCÓN, Miguel A.: «La naturaleza jurídica de periodo de buena conducta en el concurso de la persona física», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: «La cláusula del convenio concursal sobre comunicación de los acreedores de una cuenta corriente para el pago de los créditos concursales (comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo [1a] 228/2016, de 8 de abril [RJ 2016, 1679] y 508/2019, de 1 de octubre [RJ 2019, 4003])», en *ADCon*, núm. 51, 2020.

- ALONSO HERNÁNDEZ, Ángel y RUBIO SANZ, Javier: «La venta de negocios y la filialización (“hive down”) como instrumentos solutorios y alternativas del acuerdo de refinanciación», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 369-398.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Traslados transfronterizos, marcos preventivos de reestructuración y protección de acreedores», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 325-340.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Confusión patrimonial, consolidación de masas y patrimonio: Estudio de un supuesto particular desde la perspectiva de su a veces pretendido encaje en el artículo 25.ter.2 de la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «Los acuerdos extrajudiciales de pagos», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- BONFATTI, Sido: «Herramientas de alerta en el Código italiano de las Crisis de Empresas y de la Insolvencia: deberes de comunicación de la banca y líneas de crédito», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 521-530.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «La imputación de pagos del fondo de garantía salarial en caso de concurso de acreedores: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo [sala 1a] de 8 de enero de 2020», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- «La suspensión de la disolución obligatoria por pérdidas, la solicitud de concurso de acreedores y la comunicación de inicio de negociaciones», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- «Sobre el tratamiento del crédito de condena a la cobertura del déficit concursal en el concurso de acreedores de las personas insolventes condenadas», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- CELENTANI, Marco y GÓMEZ POMAR, Fernando: «Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas: déjà vu all over again», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 1-10.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia: «La calificación de créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado. Comentario a la STS 431/2019, de 17 de julio (RJ 2019, 2837)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 27-42.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «¿Puede aplicarse eficazmente la intervención temprana en la crisis de las entidades de crédito?», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Intereses de demora postconcurso de créditos con privilegio especial. Deuda cubierta por la garantía en la liquidación colectiva de activos gravados tras la declaración de concurso. Comentario a la STS de 11 de abril de 2019 (RJ 2019, 1363)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 53-70.
- DE LA MORENA SANZ, Gregorio y DE LA MORENA, Ana: «COVID-19 y concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 193-212.
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis: «Cláusula general del art. 164.1 de la Ley Concursal», en *RDP*, núm. 4, 2020, pp. 3-41.

- DÍAZ MORENO, Alberto: «La modificación del convenio concursal», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- ESPAR BOHERA, Oriol y ANDRÉS CABRERA, M.<sup>a</sup> Victoria: «Préstamos Participativos y la necesidad de aclarar su tratamiento ante un Concurso de Acreedores», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 273-298.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «Segunda oportunidad: ahora más necesario que nunca», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 297-310.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «Los créditos garantizados con hipoteca de máximo: tratamiento concursal y cancelación de cargas», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- FARIÑAS PENA, José Manuel: «Cesión de contratos administrativos en la venta de unidades productivas en sede concursal», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 477-490.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Jacobo: «La aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal. El procedimiento y sus fases», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 17-26.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Nacimiento y calificación concursal del crédito derivado de la ejecución subsidiaria por incumplimiento de obligaciones administrativas y civiles de hacer. Comentario a la STS de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5011)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 315-330.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «El acuerdo extrajudicial de pagos no tiene quien le escriba (Notas sobre el tratamiento del acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal)», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 91-116.
- FONT GORGORIÓ, Natalia: «El efecto del concurso de acreedores en el convenio arbitral inerte», en *AC*, núm. 6, 2020.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, Javier: «Sociedades cotizadas, acuerdos de refinanciación y comunicación de inicio de negociaciones», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 221-234.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Las financiaciones y pagos por terceros», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- GARCÍA MARRERO, Javier: «El concepto de sacrificio desproporcionado en el TRLC», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 137-150.
- GARCÍA-OVIES SARANDESES, Isabel: «La calificación del crédito concursal del responsable tributario (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza [Sec.5a] de 18 de febrero de 2020 [JUR 2020, 10404026])», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- GILO GÓMEZ, César: «El informe de la administración concursal en la sección de calificación del concurso», en *RDP*, núm. 5, 2020, pp. 29-43.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «La eficacia de las cláusulas de compensación de saldos en la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar: «Incumplimiento del convenio y Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 127-136.

- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «A propósito de la situación procesal del concursado persona jurídica tras la apertura de la fase de liquidación. Comentario a la STS de 15 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4613)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 25-56.
- «La realización de bienes hipotecarios y cancelación registral de cargas en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- HURTADO IGLESIAS, Santiago: «Administración concursal y administrador en materia de reestructuración», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 265-282.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «El depósito de cuentas anuales en la fase de liquidación concursal», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- LILLO CERVANTES, Ana y SERNA CABRERA, Sergio: «Concurso de acreedores de entidades financieras: aspectos prácticos y propuestas lege ferenda», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 311-324.
- LEURA, María: «La reestructuración forzosa de la deuda: una evolución del “intra-class cramdown” al “cross-class cramdown”», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- LÓPEZ SANTANA, Nieves: «El tratamiento de la acción directa del porteador efectivo contra el cargador principal en los supuestos de concurso del porteador contractual», en *RDM*, núm. 317, 2020.
- MADAUS, Stephan y WESSELS, Bob: «COVID-19. Legislación de emergencia en materia de insolvencia y reestructuraciones», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 497-508.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «Hipotecante no deudor, deuda garantizada y convenio en el Texto Refundido Concursal», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 435-444.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: «Moderación por razones de equidad de las cláusulas penales sustitutivas en el seno del concurso de acreedores. Comentario a la STS, 1.ª, de 8 de marzo de 2019 (RJ 2019, 733)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 39-52.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «El cambio de los apoderados generales por los directores generales como personas afectadas por la calificación en el Texto Refundido de la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «La liquidación de la masa activa», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- MORENO GARCÍA, Lucía: «La autonomía de la calificación de la insolvencia en el proceso penal y en el proceso concursal», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «El incumplimiento del convenio concursal», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- «La responsabilidad por las deudas sociales de los administradores nombrados transcurridos más de dos meses desde la infracción de los deberes legales en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo [sala 1a] de 8 de noviembre de 2019», en *ADCon*, núm. 50, 2020.

- NIETO DELGADO, Carlos: «Comunicación de negociaciones en el Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 117-126.
- ORELLANA CANO, Nuria A.: «La aplicación de normas laborales en el concurso: ERTE por COVID-19», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 167-186.
- PANZANI, Luciano: «La crisis de la COVID-19 y el impacto sobre los procedimientos concursales», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 509-520.
- PÉREZ-CRESPO PAYÁ, Francisco: «Los créditos contra la masa», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- PINAZO PETIT, María: «Los efectos del concurso de acreedores en los préstamos participativos», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- RIVAS RUIZ, Amaya: «El Tribunal Supremo y la exoneración del pasivo insatisfecho: comentando la STS de 2 de julio de 2019», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 455-464.
- RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco: «Privacidad, concurso de acreedores y Texto Refundido Concursal», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 467-476.
- RODRÍGUEZ MASEDA, Juan Carlos: «La forma de pago de los créditos a la Agencia Tributaria en un escenario de cumplimiento de convenio: Crítica a la sentencia del Tribunal Supremo [sala 1a] de 1 de octubre de 2019», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel José: «Las opciones de la política legislativa en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- «El Texto Refundido de la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «La sentencia de calificación», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 37-48.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «El crédito del fiador derivado de pagos de deudas de una sociedad concursada (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 61/2020, de 3 de febrero de 2020)», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 399-416.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Consideraciones sobre la refundición de la legislación concursal y su adecuación a la jurisprudencia», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- THERY MARTÍ, Adrián: «Una segunda oportunidad para las unidades productivas», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 249-264.
- VALENCIA GARCÍA, Fedra: «Los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- «Administradores en estado de alarma», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 187-192.
- VALENCIA VIROSTA, Alejandro: «La importancia del beneficio de competencia en la Ley 25/2015 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad: antecedentes remotos y su configuración en el derecho histórico español», en *ADCon*, núm. 51, 2020.

- VAN HEMMEN, Stefan F.: «Acompañando la segunda oportunidad», en *ADCon*, núm. 50, 2020.
- VILLORIA RIVERA, Iñigo y DEL CAMPO RATO, Laura: «Dos sentencias del Tribunal Supremo sobre intereses y concurso», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 445-466.
- VIÑAS, Tomás: «Los administradores concursales en la fase de liquidación: requisitos a cumplir en las subastas notariales (a propósito de la resolución DGRN 2 de enero 2019)», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 297-306.

### DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Las nuevas exigencias de capital requeridas al conjunto de las entidades financieras europeas: situación actual y perspectivas de futuro», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 193-234.
- «La adaptación por el Banco de España de las NIIF 9 y 15. Análisis del contenido de las Circulares 4/2016, 7/2016, 4/2017 y 4/2019 y su incidencia en el capital CET1 y en la concesión de crédito», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 113-150.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «Las alertas desencadenantes de la posibilidad de aplicar medidas de intervención temprana», en *RDBB*, año 39, núm. 158, 2020, pp. 21-38.
- CONTRERAS DE LA ROSA, Isabel: «Las acciones como objeto de garantía financiera. Consecuencias de orden societario», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 89-122.
- ESQUERRA RESA, Luis: «La contraprestación del pacto de no competencia post-contractual en la regulación sobre remuneraciones de las entidades de crédito», en *RDBB*, año 39, núm. 158, 2020, pp. 87-128.
- ESTEBAN RÍOS, Javier: «Las cuentas de pago básicas: ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?», en *RDBB*, año 39, núm. 158, 2020, pp. 159-190.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, José María: «El futuro de las comisiones bancarias en la era de las nuevas tecnologías y la robotización», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 281-288.
- GÓMEZ SANTOS, María: «Lloyd's como estructura colaborativa para el aseguramiento en común: la relevancia del Sindicato », en *RDM*, núm. 318, 2020.
- GUILLARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: «Nueva reforma de la Ley de prevención del blanqueo de capitales», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 297-298.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Trayectorias del interés social en las sociedades cotizadas», en *RDBB*, año 39, núm. 158, 2020, pp. 39-86.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «La realización de las reestructuraciones empresariales desde una perspectiva jurídica: sus mayores dificultades y las propuestas de solución. Un supuesto especial de reestructuración empresarial: la filialización a través de la enajenación de un activo esencial (art. 160.f LSC)», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 49-88.

- MIRAS MARTÍN, Norberto: «La tributación de las modalidades de adquisición y venta de monedas virtuales: Compraventa, Derivados financieros (CFDs, futuros y opciones), fondos de inversión, bonos estructurados e “Inicial Coin Offerings” (ICOs)», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 235-252.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La responsabilidad por folleto de emisión en el “caso Acciones Banco Popular”», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2456-2473.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «Las proyectadas “acciones de lealtad” en las sociedades cotizadas: el nuevo blindaje accionarial», en *RDBB*, año 39, núm. 158, 2020, pp. 129-158.
- RUIZ OJEDA, Alberto Luis: «Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 358-405.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La OPA de SIX group sobre bolsas y mercados españoles», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 289-296.
- «Sostenibilidad financiera en el mundo posterior al COVID 19», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 31-74.
- VELASCO ALCALDE, Josep: «Estafa de inversores y criptodivisas», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Luces y sombras de la transposición de la Directiva de servicios de pagos (PSD2)», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 89-112.

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ALTZELAI ULIONDO, Igone: «Mercados digitales: nuevos instrumentos. Frente al poder de mercado», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- CASTRO GONZÁLEZ, Sergio: «La infracción de las normas de Financial Fair Play (FFP) de la UEFA como ilícito desleal. La infracción de las normas de Financial Fair Play (FFP) de la UEFA como ilícito desleal», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- FONTESTAD PORTALÉS, Leticia: «La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «Sobre el marco temporal europeo de las ayudas públicas por el COVID-19», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «Articulación de la responsabilidad de las plataformas digitales de viaje en coche compartido en función de su diversidad», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- MARCOS, Francisco: «Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones», en *RDCD*, núm. 26, 2020.

- MARTÍNEZ BALSAMEDA, Arantza: «La digitalización de las sociedades en el derecho europeo: la Directiva 2019/1151 sobre la utilización de herramientas y procesos digitales», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, Javier: «Estándares de prueba del daño en las acciones de responsabilidad civil contra cárteles bajo derecho español y de la UE», en *RDCD*, núm. 26, 2020.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Especial derecho de la competencia y digitalización ¿Necesitamos otro derecho de la competencia?», en *RDCD*, núm. 26, 2020.

### DERECHO DE SEGUROS

- BAENA BAENA, Pedro Jesús: «Restricciones a la movilidad como consecuencia de la covid-19 y reducción del riesgo en el contrato de seguro: especial consideración del seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor», en *RDM*, núm. 318, 2020.
- CASCALES DOMÍNGUEZ, Eva María: «El alcance de la póliza estimada en la fijación del valor del interés asegurado para el cálculo de la indemnización. Comentario STS (Sala de lo Civil), de 1 de julio de 2019 (RJ 2019, 2611)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 87-110.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Inadmisibilidad de cláusula que impide la acumulación de prestaciones indemnizatorias en los casos de concurrencia de seguros de personas. STS, Sala 1.ª, 14 noviembre 2019 (RJ 2019, 4641) MP. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 159-192.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Cuestionarios, riesgo asegurado y buena fe: Comentario a la STS 7/2020, Sala Civil, de 8 de enero (RJ 2019, 5383)», en *CCJC*, núm. 113, 2020, pp. 9-38.
- GÓMEZ SANTOS, María: «Evaluación antitrust de las redes informativas en el contexto insurtech», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- GORRIS LÓPEZ, Carlos: «La cláusula de robo en un seguro de transporte. Revisión a la luz de la última jurisprudencia», en *RDM*, núm. 317, 2020.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «El incumplimiento de la obligación de pago de la prima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDM*, núm. 318, 2020.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Transparencia, lesividad y sorpresa en los contratos de seguro», en *PDD*, núm. 142, 2020.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Concepto legal de “lesión corporal” a los efectos del contrato de seguro de accidente: (Sentencia 426/2020 del Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 15 de julio)», en *AC*, núm. 9, 2020.
- «La responsabilidad civil de las aseguradoras ante ilícitos penales relacionados con el Covid19», en *AC*, núm. 11, 2020.



TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La disponibilidad anticipada de los planes de pensiones por la crisis del COVID 19», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 269-274.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Los seguros con cláusula de cobertura de sanciones. Las pólizas de administradores y directivos», en *PDD*, núm. 143, 2020.

## DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

ARGELICH COMELLES, Cristina: «Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 1-41.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Una aproximación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial de 27 de abril de 2020», en *RDNT*, núm. 54, 2020.

BOLDÓ RODA, Carmen: «Cadena de bloques y registros de derechos», en *RDNT*, núm. 53, 2020.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital», en *AAMN*, núm. 59, 2019.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 59, 2020.

ELIZALDE SALAZAR, Idoia: «Comentario a las “Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications”», en *InDret*, núm. 2, 2020.

ERCILLA GARCÍA, Javier: «La Inteligencia Artificial en la Justicia: Asistentes IA y Jueces IA», en *RDNT*, núm. 53, 2020.

FLAQUER RIUTORT, Juan: «La exigencia de inclusión del número de registro turístico en las plataformas de alojamiento vacacional», en *RDNT*, núm. 54, 2020.

GARRÓS FONT, Inma: «Soluciones tecnológicas para el tratamiento de datos personales en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19», en *RDNT*, núm. 53, 2020.

GIL NOGUERAS, Luis Alberto: «Inteligencia artificial ¿susceptible de ser titular de derechos? (1)», en *AC*, núm. 5, 2020.

GÓMEZ SANTOS, María: «A vueltas con el documento de datos fundamentales y su necesaria digitalización», en *RdPat*, núm. 52, 2020.

ITURMENDI MORALES, Gonzalo: «Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial», en *AC*, núm. 11, 2020.

- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «El derecho de rectificación ante informaciones falsas o inexactas, con especial mención a las publicadas en Internet», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 137-181.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Robots inteligentes y personalidad», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 317, 2020.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Las plataformas digitales y la economía colaborativa: especial referencia a la facilitación del intercambio de información», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «La “inteligencia artificial (IA) autónoma” en el órgano de administración», en *RDS*, núm. 60, 2020.
- PASTOR SEMPERE, María del Carmen: «La renovación tecnológica del Derecho de sociedades europeo», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «Blockchain y proceso civil: más allá de la jurisdicción y la fe pública judicial», en *AC*, núm. 6, 2020.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La transferencia internacional de datos personales a Estados Unidos después de la anulación del “escudo de privacidad”», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco: «La firma electrónica como medio reforzado de verificación del consentimiento de los menores de edad en materia de protección de datos personales por parte de las administraciones públicas», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- RUBÍ PUIG, Antoni y SOLSONA VILLARRASA, Pol: «Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 490-504.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Plataformas de alojamiento y contenidos ilícitos en Internet. Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital», en *RDC*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 163-198.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «La Digitalización del patrimonio cultural», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 61-111.

## DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

- BRENES CORTÉS, Josefa: «Sobreendeudamiento del consumidor: crédito al consumo y crédito inmobiliario», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- CRESPO MORA, María Carmen: «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor: Comentario a la STS de 24 de febrero de 2020 (RJ 2020,486)», en *InDret*, núm. 4, 2020, pp. 469-483.

- DÍEZ-PICAZO, Luis María: «Unfair clauses and administrative sanctions: A note», en *InDret*, núm. 4, 2020, pp. 462-468.
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «Claves sobre el control de transparencia de la “cláusula IRPH” tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch, C-125/18», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «Los retos del nuevo marco europeo para el sistema español de arbitraje de consumo», en *RDP*, núm. 5, 2020, pp. 67-82.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «La protección del consumidor en situación de insolvencia», en *AC*, núm. 6, 2020.
- GONZÁLEZ PONS, Elisabet: «Revisión crítica y propuesta de futuro para la represión pública de las prácticas comerciales agresivas con consumidores en España», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Crucero por vía marítima: la protección del viajero una vez iniciado el viaje ante escalas suprimidas y sus correspondientes visitas», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- LALIENA ESTALLO, María: «El eterno debate sobre la condición de consumidor», en *AC*, núm. 5, 2020.
- LORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: «Nuevas formas de tutela para los derechos de los consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 6, 2020.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Concepto de consumidor y préstamo para financiar una futura actividad empresarial. Comentario a la STS de 11 de abril de 2019 (RJ 2019, 1364)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 269-288.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Sujetos responsables ante el incumplimiento del contrato de viaje combinado. A propósito de la Directiva (UE) 2015/2302 y su transposición al Derecho español», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- PÉREZ PÉREZ, Isaac Francisco: «Estudio del contrato de licencia de app con consumidores», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: «Control de transparencia y de abusividad en los contratos de prestación de servicios jurídicos con consumidores», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Inteligencia artificial y responsabilidad por productos», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- SÁNCHEZ CANO, María Jesús y MARTÍNEZ CALVO, Javier: «La situación del consumidor ante la imposible ejecución de los contratos de consumo a causa de la pandemia del COVID-19: un análisis desde la perspectiva civilista e internacional privatista», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El resarcimiento de daños morales por cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores: presente y ¿futuro?», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2410-2429.

## DERECHO URBANÍSTICO

- ANDRÉS LLAMAS, Miguel Ángel: «Actividades extractivas en suelo rústico: comentarios al nuevo régimen urbanístico de Castilla y León», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 143-157.
- AYUSO RUIZ-TOLEDO, Mariano: «El urbanismo después de la pandemia del COVID-19», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- BUESO GÓMEZ, Enrique; SILVESTRE NAVARRO, Ana y BUESO GUIRAO, Enrique: «Los gestores públicos de vivienda y suelo: problemática y actuación durante el estado de alarma por COVID-19», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- DOMÍNGUEZ BLANCO, José María y VALENZUELA RODRÍGUEZ, María José: «Urbanismo en tiempos de pandemia: suspensión de plazos y términos», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: «Efectos civiles de las determinaciones urbanísticas que afectan al uso del suelo», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1453-1486.
- EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, José María: «La huella de las epidemias en los instrumentos de control urbanístico de las ciudades», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «Declaración responsable o comunicación previa como sustitutas de las licencias urbanísticas», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- GIFREU I FONT, Judith: «La vivienda en tiempos del COVID-19: ¿nuevas vulnerabilidades sociales? Del impacto inicial a los retos del futuro», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa: «Vivienda domótica adaptada a la emergencia sanitaria: ideas preliminares, retos y propuestas normativas para la sociedad post COVID-19», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio: «Los efectos del coronavirus en los objetivos de desarrollo sostenible especialmente vinculados al urbanismo», en *RDU*, núm. 337-338, 2020.
- HERVÁS MAS, Jorge: «La regularización de las edificaciones aisladas en suelo no urbanizable. Especial atención a la Ley valenciana 1/2019 de 5 de febrero», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 91-117.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Una aproximación a las viviendas con finalidad turística desde el punto de vista urbanístico y desde la perspectiva de las comunidades de propietarios», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 99-135.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Tipología casacional de las vinculaciones del planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 339, 2020.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «El fin del mito de la inmutabilidad del suelo consolidado: otro axioma abatido», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 191-205.
- «El fin del mito de la inmutabilidad del suelo consolidado: otro axioma abatido», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 191-205.

- REY MUÑOZ, Francisco Javier: «La dimensión temporal de la responsabilidad por defectos en la edificación», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 119-142.
- ROMERO ALOY, María Jesús: «Las vinculaciones singulares derivadas de la cartografía de riesgo hídrico», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 67-90.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús: «Las normas especiales y ampliatorias de los usos en el suelo rústico por razón del turismo en las “Islas Verdes” de Canarias», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 39-66.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Cautelas de la cooperativa promotora ante la nulidad de los planes urbanísticos y otros factores de inseguridad jurídica», en *RDU*, núm. 339, 2020.
- SUAY RINCÓN, José: «La culminación del “nuevo modelo”: el cierre del desarrollo reglamentario de la Ley del Suelo de Canarias», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 15-37.

## DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- ADÁN RESÉNDIZ, Ana Laura *et al.*: «La protección del paisaje a través del ordenamiento ecológico del territorio», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 283-313.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «El Derecho ambiental como vacuna y como vitamina: (crónica iusambientalista de la pandemia)», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 11-19.
- ALMENAR-MUÑOZ, Mercedes: «Protección del suelo agrícola y planeamiento: la singularidad de l’horta de Valencia», en *RDU*, núm. 339, 2020.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «A vueltas con el régimen de subastas de energías renovables celebradas en el seno del mercado español: principales cuestiones conflictivas», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 85-122.
- DOBÓN GINER, Matilde: «El pastoralismo y los patrimonios de la Humanidad en las “Jornadas Cañada Real Universidad de Alicante”, de 17 de octubre de 2019», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 419-426.
- GARCÍA MARTÍN, Lidia: «La regulación del lobo en Castilla y León vuelve a ser noticia (comentario a la Sentencia de 12 de diciembre de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León)», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 151-160.
- HERNÁNDEZ LOZANO, Luis Ángel: «La norma legal en materia de residuos de plaguicidas como instrumento de ficción de seguridad alimentaria», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 223-236.
- JUSTE RUIZ, José: «El Derecho internacional ambiental entre la evolución y la involución», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 11-20.
- OCHOA MONZÓ, Josep: «La responsabilidad social empresarial como instrumento de protección ambiental: derivaciones en la Ley 18/2018, de 13 de julio, de Fomento de la Responsabilidad Social de la Comunitat Valenciana», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 123-171.

- PRIEUR, Michel y ALI MEKOUAR, Mohamed: «Midiendo la efectividad de la legislación ambiental a través de indicadores jurídicos en el contexto de la África francófona», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 23-52.
- RODRÍGUEZ MONSERRAT, Manuel: «Nuevas perspectivas del derecho urbanístico y ambiental: comentarios a la luz del caso “Ballenoil”», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 89-110.
- SANZ RUBIALES, Íñigo: «La autodeslegalización como técnica de actualización de leyes ambientales», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 53-84.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Minimizar desastres naturales», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 12-14.
- SOTO CARVAJAL, Alejandro: «Las nuevas subastas de renovables que se atisban en el horizonte del sector eléctrico español», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 237-250.
- TARDÍO PATO, José Antonio: «El desarrollo sostenible y el uso urbanístico del suelo en los documentos, foros y movimientos internacionales», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 23-88.
- VALENCIA MARTÍN, Germán: «Transformaciones urbanísticas en la red Natura 2000. El caso Valdecañas», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 177-196.
- «La inmunidad de los planes, programas y proyectos de competencia estatal (una nota sobre la STC 113/2019)», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 161-170.

## RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «Los retos del nuevo marco europeo para el sistema español de arbitraje de consumo», en *RDP*, núm. 5, 2020, pp. 67-82.
- GARCÍA CERVANTES, Lorena: «La protección de la confidencialidad en el procedimiento de mediación», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 455-478.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: «El arbitraje societario», en *CDC*, núm. 72, 2019, pp. 13-86.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Estudio comparado de la mediación familiar: tensiones y retos actuales», en *RGLJ*, núm. 1, 2020, pp. 69-103.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio: «Solución extrajudicial de conflictos y ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La mediación como remedio (asunto edificio Conde de Fenosa, La Coruña)», en *RUE*, núm. 44, 2020, pp. 163-175.
- TUSET VARELA, Damián: «La justicia descentralizada como sistema de resolución alternativa de conflictos», en *RDNT*, núm. 54, 2020.

**DERECHO PROCESAL**

- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Tratamiento judicial de las hipotecas con índice IRPH: ¿quo vadis?», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2484-2504.
- ARAGONÉS SEIJO, Santiago: «Preclusión procesal de la verdadera pretensión ya ejercitada en un proceso anterior. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5219)», en *CCJC*, núm. 114, 2020, pp. 9-26.
- BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda: «Dies a quo para el ejercicio de la acción de anulación por error en el consentimiento. Aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo a casos concretos», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 183-215.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Beneficio de justicia gratuita, silencio positivo y control judicial. Comentario a la STS 335/2018, de 5 de junio (RJ 2018, 2393)», en *CCJC*, núm. 112, 2020, pp. 9-24.
- GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio: «Medidas procesales para la resolución de cuestiones de familia derivadas de la crisis de Covid-19», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 417-442.
- GARCÍA MIGUEL, Santiago: «Constitutive title, community agreement, condominium property, community of condominium owners, tourist housing, non-retroactivity, opposability, effectiveness, prohibitory injunction, property right, common expenses», en *AC*, núm. 7, 2020.
- LLUCH BAREA, Verónica: «La tasación de costas en el orden civil y los nuevos criterios orientativos del ICAB», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 409-416.
- MARQUÉS JARQUE, Ignacio y GÓMEZ GARCÍA, Esther: «La tutela procesal del secreto empresarial: reflexiones con ocasión del Protocolo de protección del secreto empresarial en los Juzgados Mercantiles de Barcelona», en *RJC*, núm. 1, 2020, pp. 63-84.
- MUNNÉ CATARINA, Frederic: «La valoración de los honorarios de las costas procesales: los nuevos criterios orientativos de honorarios aprobados por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona en 2020», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 395-408.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «La renuncia a la acción de nulidad. Eficacia de la transacción frente a posibles cláusulas abusivas», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1947-1967.
- NICASIO JARAMILLO, Isabel María: «La reforma del artículo 25.1.4 LEC sobre ocupación ilegal de viviendas: ¿modificación del antiguo interdicto de recobrar o introducción de una acción autónoma», en *RGLJ*, núm. 3, 2020, pp. 469-485.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado», en *Indret*, núm. 3, 2020, pp. 406-437.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «El convenio de realización en la ejecución forzosa: una alternativa olvidada», en *AC*, núm. 5, 2020.

- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La prueba en el proceso de consumo: las facultades del juez y las normas de prueba como mecanismo de igualdad de las partes», en *RJC*, núm. 2, 2020, pp. 297-320.
- PÉREZ VEGA, Ángeles: «Breves reflexiones sobre la posibilidad de realizar por subasta judicial un crédito hipotecario», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- REY MUÑOZ, Francisco Javier: «La incidencia del Estado de alarma en el régimen transitorio del artículo 1964.2 CC», en *AC*, núm. 7, 2020.
- RIUDOR AUGÉ, Ramón: «El efecto sinérgico en el orden penal, con especial incidencia en la valoración probatoria», en *RJC*, núm. 1, 2020, pp. 85-112.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», en *InDret*, núm. 4, 2020, pp. 446-461.
- SENÉS MOTILLA, M. Carmen: «Las normas procesales», en *ADCOn*, núm. 50, 2020.
- SERRANO MASIP, Mercedes: «Incorporación del enjuiciamiento en ausencia de menores al sistema español con apoyo en la jurisprudencia del TEDH y la normativa de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 75, 2020, pp. 55-100.
- VARONA GÓMEZ, Daniel: «En defensa del jurado en su 25 cumpleaños», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 15-18.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AGUILERA MORALES, Encarnación: «El penúltimo capítulo sobre cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la sentencia TJUE “Ibercaja Banco”», en *REDE*, núm. 75, 2020, pp. 103-119.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «A vueltas con el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE», en *REDE*, núm. 73-74, 2020, pp. 13-20.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Una aproximación a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial de 27 de abril de 2020», en *RDNT*, núm. 54, 2020.
- AZOULAI, Loïc: «Infrastructural Europe: EU law and human life in times of the Covid-19 pandemic», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 343-359.
- BONET I PÉREZ, Jordi: «El estado de alarma en España y la cláusula derogatoria del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 873-919.
- BUIL ALDAMA, Ignacio: «Algunas cuestiones relativas a la formación de clases de acreedores y socios en la Directiva de reestructuración temprana y su transposición al Derecho español», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 283-296.
- CABRERA HERNÁNDEZ, Francisco Jesús: «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR): ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea», en *REDE*, núm. 75, 2020, pp. 9-53.



- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: valores y principios regulativos», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 11-40.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La creación de la llamada remuneración equitativa en nuestra normativa sobre propiedad intelectual y su encaje en la Directiva sobre “copyright” aprobada por la Comisión Europea», en *RDNT*, núm. 53, 2020.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Procedimientos descentralizados de autorización de medicamentos en el derecho de la UE: Problemas de tutela judicial efectiva», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 921-962.
- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, Pilar: «El concepto de órgano jurisdiccional nacional: una noción en permanente revisión», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 629-658.
- CORTÉS MARTÍN, José Manuel: «Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 473-517.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Sobre la “especial responsabilidad” del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 363-384.
- DA CRUZ VILLAÇA, José Luis: «L’application de la Charte á l’ère du numérique», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 447-469.
- DE SIMONE, María Rosaria: «La Directiva sobre el plástico de un solo uso», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 203-222.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El blanqueo de sociedades en sede de sociedades mercantiles y sociedades cooperativas: la identificación de los titulares reales en las Directivas europeas», en *RDU*, núm. 339, 2020.
- DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, Adolfo: «Los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea no son competentes para conocer de los recursos de indemnización interpuestos contra el Eurogrupo», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 275-276.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una jurisdicción en permanente reforma», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 771-793.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en el Directiva 2019/770/ UE», en *RDP*, núm. 6, 2020.
- FERNÁNDEZ, Cani y PICÓN, Alexandre: «Carga de la prueba, presunciones y restricciones por objeto en el derecho de la competencia de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 73-74, 2020, pp. 65-90.
- GARCÍA MICÓ, Tomás Gabriel y GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ, Ignacio: «Identidad, cesión de datos personales y la decisión Privacy Shield tras la STJUE Schrems II», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 551-559.

- GARCÍA-PERROTE MARTÍNEZ, Ignacio: «Comentario a las “Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto”», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 535-550.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «Non bis in ídem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo: Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 421-456.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «La visión del TJUE sobre el “accidente aéreo” como presupuesto de la responsabilidad por daños personales. ¿Para cuando su supresión?», en *RdPat*, núm. 52, 2020.
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, Pilar: «La excepción a la protección conferida a un medicamento original por un certificado complementario de protección en supuestos de exportación y almacenamiento (“SPC manufacturing waiver”) como incentivo a la fabricación de genéricos y biosimilares en la Unión Europea», en *RDM*, núm. 317, 2020.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1591-1645.
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana: «Alertas tempranas y Administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de la reestructuración», en *RDGP*, núm. 33, 2020, pp. 235-248.
- LÓPEZ GUERRA, Luis María: «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 385-406.
- LÓPEZ PRADA, Rafael A.: «Conflictos recientes entre el TJUE y los tribunales nacionales alrededor del principio de primacía», en *REDE*, núm. 73-74, 2020, pp. 91-134.
- MANERO SALVADOR, Ana: «La política comercial común de la Unión Europea y el desarrollo sostenible», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 603-627.
- MARÍN AÍZ, José Rafael: «El derecho de la Unión Europea ante las cláusulas derogatorias previstas en los tratados internacionales de derechos humanos», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 519-557.
- MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena María: «Balance y perspectiva de la iniciativa ciudadana europea en la intersección entre la vieja y la nueva Europa», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 833-872.
- MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Carmen: «El TJUE se declara incompetente para pronunciarse sobre un recurso por incumplimiento cuando la infracción del derecho de la UE resulta de un ilícito internacional: (Sentencia de 31 enero 2020, “Eslovenia/Croacia”, C-457/18)», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 1009-1036.
- MITSILEGAS, Valsamis: «Cartografía de la externalización del control migratorio: ideas a partir del régimen de la UE sobre tráfico ilícito de migrantes», en *REDE*, núm. 73-74, 2020, pp. 23-63.

- NAVARRO PÉREZ, Andrea: «El derecho de separación en las fusiones transfronterizas intracomunitarias como instrumento de protección de socio minoritario y las modificaciones introducidas por la Directiva UE 2019/2121», en *RDS*, núm. 59, 2020.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «El uso de herramientas LawTech en la prestación de servicios jurídicos a los consumidores: aproximación desde la Directiva (UE) 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», en *RGLJ*, núm. 2, 2020, pp. 251-286.
- NIETO SÁNCHEZ, Javier y SANCHO BERGUA, José: «Préstamo en moneda extranjera en la Directiva 2014/17 y su transposición al Derecho Español», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 253-272.
- OLESTI RAYO, Andreu: «La supervisión y el control del presupuesto de la Unión Europea», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 797-831.
- PASTOR SEMPERE, María del Carmen: «La renovación tecnológica del Derecho de sociedades europeo », en *RDS*, núm. 59, 2020.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «El nuevo derecho a la portabilidad de los datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016», en *RCDI*, núm. 779, 2020, pp. 1531-1588.
- PÉREZ BERNÁRDEZ, Carmela: «La participación de la Unión Europea en organizaciones internacionales en tiempos de “Brexit”», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 963-1005.
- PÉREZ DE LAMO, David: «Monólogos judiciales sobre la inmunidad de los miembros del Parlamento Europeo: a propósito de “Junqueras Vies”», en *REDE*, núm. 73-74, 2020, pp. 213-244.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Sujetos responsables ante el incumplimiento del contrato de viaje combinado. A propósito de la Directiva (UE) 2015/2302 y su transposición al Derecho español», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- PICOD, Fabrice: «L'examen des actes étatiques au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 427-446.
- PRECHAL, Sacha: «Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 407-426.
- SAAVEDRA BAZAGA, Alicia I.: «La ejecución forzosa de resoluciones judiciales nacionales en cumplimiento del Derecho de la Unión en materia ambiental», en *REDE*, núm. 75, 2020, pp. 121-145.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Plataformas de alojamiento y contenidos ilícitos en Internet. Reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital», en *RDC*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 163-198.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Revisión de la homologación de acuerdos de refinanciación en el marco de la Directiva UE», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 213-220.

- SANTANA HERRERA, María Soledad: «La “integración” del derecho de la Unión Europea en los procedimientos constitucionales del Tribunal Constitucional español», en *REDE*, núm. 73-74, 2020, pp. 135-175.
- SERRANO MASIP, Mercedes: «Incorporación del enjuiciamiento en ausencia de menores al sistema español con apoyo en la jurisprudencia del TEDH y la normativa de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 75, 2020, pp. 55-100.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio: «El marco temporal de la Comisión relativo al régimen europeo de ayudas de estudio en el contexto de crisis sanitaria», en *RDCP*, núm. 33, 2020, pp. 151-166.
- SOLER GARCÍA, Carolina: «¿La noción de “país seguro” es segura?: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos», en *RDCE*, año 24, núm. 66, 2020, pp. 559-600.
- SOSA NAVARRO, Marta: «Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto “N. D. y N. T. contra España” ante el TEDH», en *RDCE*, año 24, núm. 67, 2020, pp. 1039-1061.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La nueva regulación europea de las operaciones transfronterizas de sociedades. Panorama de la Directiva (UE) 2019/2121», en *RDBB*, año 39, núm. 157, 2020, pp. 123-144.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «La inminente obligatoriedad del “compliance” en las organizaciones como imperativo europeo; protección jurídica de la empresa, del denunciante y del denunciado», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- XALABARDER PLANTADA, Raquel: «The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive... = El principio de remuneración adecuada y proporcionada de Autores y Artistas en el Art.18 Directiva sobre: Algunas ideas para la implementación nacional», en *InDret*, núm. 4, 2020, pp. 1-51.

## DERECHO COMPARADO

- AL SHARQAWI, Hadeel: «Reforming the U. S. Stockholding and voting systems», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 438-477.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «Commodum ex negotiatione: una mirada al párrafo 285 BGB», en *RDC*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 1-33.
- BORGIA SORROSAL, Sofía: «Respaldo del sector público a las alternativas “fintech” de financiación para promotores y constructores: estudio comparado de la fiscalidad del “crowdfunding”», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2191-2226.
- CONAC, Pierre-Henri: «Las operaciones con partes vinculadas en las sociedades anónimas en Francia tras la implementación de las modificaciones a la Directiva de Derechos de los Accionistas de 2017», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 75-88.

- DI GIOVANNI, Luca: «El concepto de paisaje jurídico en el Convenio europeo y en las Constituciones contemporáneas», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 255-281.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «La recepción del modelo romano de transmisión de la propiedad en la compraventa en los códigos civiles europeos», en *RDP*, núm. 6, 2020.
- GABRIELLI, Enrico: «Aleatoriedad y teoría del contrato: una particular visión dogmática italiana», en *RGLJ*, núm. 2, 2020, pp. 213-231.
- GALETTA, Diana Urania; y ZILLER, Jacques: «“¿Kkarlsruhe über alles?” la insoportable pesadez del juez constitucional alemán (sobre la sentencia del “Zweiter Senat” del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de mayo de 2020 relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo)», en *REDE*, núm. 73-74, 2020, pp. 179-212.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa: «Los contratos frente a la pandemia: ¿existen otros remedios además de la extinción por caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho argentino», en *RGLJ*, núm. 2, 2020, pp. 233-249.
- GONZÁLEZ ANTEQUERA, Juan José: «Los procesos de reorganización de las pequeñas y medianas empresas en el Derecho norteamericano», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- HERRADA BAZÁN, Víctor: «La constitución en mora en el anteproyecto de reforma del Código Civil peruano», en *RDP*, núm. 6, 2020.
- LIZÁRRAGA VERA, Anthony: «El procedimiento concursal acelerado peruano», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- MEO, Giorgio: «Directiva de derechos de los accionistas (II) y operaciones vinculadas. Algunas sugerencias desde la perspectiva italiana», en *RDBB*, año 39, núm. 158, 2020, pp. 11-20.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 25-58.
- PELÁEZ GÁLVEZ, María Guadalupe *et al.*: «Constitucionalidad de la reforma energética del 2013 y su futuro incierto en México», en *RDA*, núm. 45, 2020, pp. 231-254.
- RATTO TRABUCCO, Fabio y CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «La gobernanza de los parques nacionales italianos y el relanzamiento. De los expertos legales como directores», en *RDU*, núm. 339, 2020.
- SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, Javier: «Las normas de Derecho Internacional Privado en el Código Civil griego del Dodecaneso de 1946 (Primera parte)», en *AC*, núm. 6, 2020.
- «Las normas de Derecho Internacional Privado en el Código Civil griego del Dodecaneso de 1946 (Segunda parte)», en *AC*, núm. 7, 2020.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro: «¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas?: Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 508-557.

- ZAMBRANO YÉPEZ, René: «Reflexiones sobre los derechos de la naturaleza en la Constitución Ecuatoriana», en *RDA*, núm. 46, 2020, pp. 111-145.
- ZANARDO, Alessandra: «El nuevo código de crisis de empresa e insolvencia italiano y su impacto sobre las estructuras organizativas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas», en *ADCon*, núm. 51, 2020.
- ZERMO DOPICO, Patricio Alan: «Aspectos comparativos acerca del carácter de dato personal de las direcciones IP en la República Argentina y la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 54, 2020.

### VARIA

- ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio: «Los contratos programa de las Universidades», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 137-148.
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: «Buenas y malas prácticas investigadoras y docentes. El plagio en la Universidad», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 193-220.
- CANEDO ARRILLAGA, María Pilar: «La posible aplicación de los principios de competencia y buena regulación a la Universidad en España. En búsqueda de la Excelencia», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 375-396.
- CASTILLO ABELLA, Jorge: «Tipología y régimen jurídico de los sujetos gestores de residencias de mayores», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 457-507.
- DÍAZ SENÉS, Juan Pedro: «¿Qué es el Tercer Sector y qué entidades lo integran?», en *RDC*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 331-333.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Jugarse la piel. Cómo seleccionar al profesorado universitario», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 347-373.
- ESTERMANN, Thomas *et al.*: «Trends and challenges in funding and governance of universities in Europe», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 87-105.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier: «Análisis legal y jurisprudencial del despido por fuerza mayor», en *RGLJ*, núm. 2, 2020, pp. 169-212.
- FERNÁNDEZ TOVAR, Jesús Alberto: «Análisis del concepto de “grupo de empresas patológico” en la jurisprudencia laboral», en *RDS*, núm. 60, 2020.

- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Skinny labelling de medicamentos genéricos e infracción de patentes de segundo o ulterior uso médico», en *RDM*, núm. 316, 2020.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos: «Les principals qüestions de l'economia col·laborativa», en *RJC*, núm. 4, 2019, pp. 891-928.
- GUTIÉRREZ DUARTE, María Victoria y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aránzazu: «Economía sumergida e intrusismo al amparo del turismo colaborativo: El caso de los free tours», en *InDret*, núm. 2, 2020, pp. 139-170.
- HUERGO LORA, Alejandro José: «La transferencia de conocimiento y los contratos del artículo 83 de la LOU», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 301-343.
- LASO BAEZA, Vicente: «La nulidad del planeamiento y la inscripción de sus actos aplicativos firmes», en *RCDI*, núm. 780, 2020, pp. 2474-2483.
- LINAJE CONDE, Antonio: «La Edad Media hacia el notariado latino», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- LUNA SERRANO, Agustín: «Las máximas de experiencia en la reciente doctrina civil del Tribunal Supremo», en *RJC*, núm. 4, 2019, pp. 875-890.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de accidente de circulación por carretera: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>), núm. 49/2020 de 31 de enero (AC 2020, 123)», en *RdPat*, núm. 53, 2020.
- NÚÑEZ ROMERO BALMAS, Clara Eugenia: «El gobierno de las universidades ¿Regulación o incentivos?», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 57-86.
- PAWLIK, Michael: «Error de prohibición en caso de situación legal confusa», en *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 560-576.
- REBOLLO PUIG, Manuel: «Regulación y aplicación del sistema disciplinario de los alumnos universitarios», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 221-253.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «¿Es Einstein mejor que Kelsen? La evaluación de la investigación jurídica en España», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 151-191.
- SANZ MENÉNDEZ, Luis: «La financiación de la investigación universitaria y sus resultados desde una perspectiva comparada», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Universidad y Derecho Regulación y dirección eficiente de la Universidad. Las reformas pendientes del modelo universitario, 2020, pp. 109-135.

- SERRANO YUSTE, Joaquín: «Identificación del otorgante de un instrumento público por el permiso de conducción del RD 818/2009, de 8 de mayo», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 113-146.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «La función notarial desde el análisis económico del derecho», en *RJNot*, núm. 110, 2020, pp. 99-112.
- TORRES RUIZ, Salvador: «Balance y posible desarrollo de la jurisdicción voluntaria notarial», en *AAMN*, núm. 59, 2019.
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, Miguel Ángel: «Propuestas de regulación de los delitos contables», en *RDBB*, año 39, núm. 159, 2020, pp. 183-214.
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, Itziar: «El régimen orgánico y económico de las cooperativas a la luz de la nueva Ley de cooperativas de Euskadi», en *RDS*, núm. 60, 2020.

### ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
PDD	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Privado
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia



RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid

**REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

<i>InDret</i>	<a href="http://www.indret.com">www.indret.com</a>
---------------	--

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## 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), **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), **José 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), **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. Condiciones generales de la contratación. Control de abusividad de una cláusula relativa a elementos esenciales del contrato: Solo cabe si no es transparente (art. 4.2 de la Directiva 93/13).–Transparencia que**

supone que esas cláusulas no solo han de ser gramaticalmente comprensibles y estar redactadas en caracteres legibles, sino que además deben permitir al consumidor hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que su inclusión le supondrá (SSTS 138/2015, de 24 de marzo, y 222/2015, de 29 de abril).

**La doctrina del abuso de derecho: Fundamento.**—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) (SSTS 567/2012, de 26 de septiembre, 20/2006, de 1 de febrero, y 383/2005, de 18 de mayo).

**Presupuestos para la apreciación de abuso de derecho.**—Para apreciar el abuso de derecho se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con *animus nocendi*), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) (SSTS 455/2001, de 16 de mayo, y 722/2010, de 10 de noviembre), ya que, en otro caso, rige la *regla qui iure suo utitur neminem laedit* (quien ejercita su derecho no daña a nadie) (STS 690/2012, de 21 de noviembre).

**Abuso de derecho y daño derivado del ejercicio de un derecho estatutario.**—Cuando el daño deriva del ejercicio de un derecho estatutario, el abuso de derecho puede invocarse más que para instar una indemnización, para privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio. Lo cual no deja de ser una manera de, en ese caso, dar cumplimiento a la previsión general del artículo 7.2 CC: *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo* (STS 159/2014, de 3 de abril). **(STS de 6 de marzo de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Una empresa que gestionaba apuestas por internet relacionadas con eventos deportivos, tiene un mercado denominado *línea de gol*, en el que se hacen apuestas sobre el número de goles que se marcarán en cada encuentro de fútbol, con independencia del equipo que los marca.

Entre las 15:36 horas del día 4 y las 14:45 horas del día 8 de diciembre de 2014, Juan realizó 78 apuestas, por un importe total de 684,38 €. En todas ellas apostaba que se marcaría al menos un gol. Por las apuestas realizadas ganó 2.773.164 €.

La empresa anuló las apuestas efectuadas, después de celebrarse el evento deportivo, porque había detectado un error en el cálculo de la cuota ofertada, que habría sido aprovechado por Juan.

Juan demandó a la empresa solicitando el cumplimiento del contrato de apuesta y, en consecuencia, el abono del importe que le correspondía (2.773.164 €) por haber ganado las apuestas. Quedó

demostrado que el actor se percató enseguida del error de cálculo realizado por la empresa, que de alguna manera desvirtuaba la aleatoriedad del contrato y le aseguraba el acierto, realizando por ello Juan un número de apuestas totalmente desproporcionado.

El juzgado desestimó la demanda. La audiencia estimó el recurso planteado por el actor, al considerar abusivas dos de las condiciones generales incluidas por la empresa en el contrato. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa demandada. (*I. D.-L.*)

**2. Propiedad horizontal. Prescripción de la acción para exigir el pago de cuotas de comunidad impagadas.**—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo el plazo de prescripción de las deudas relativas a las cuotas de comunidad es de cinco años de conformidad con el artículo 1966.3 CC y no de quince años (actualmente, cinco años) como resultaría del artículo 1964.2 CC. (**STS de 3 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios formuló demanda de juicio ordinario contra A. en reclamación de 8 229,51 euros por cuotas de comunidad impagadas. El demandado se opuso y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Puerto de Santa María dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a satisfacer a la demandante la cantidad de 5.682,22 euros, correspondiente a la deuda acumulada de los cinco años anteriores a la interposición de la demanda, al entender que respecto de las cuotas anteriores había prescrito la acción para exigir su pago por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1966.3 CC. Con todo, recurrida dicha sentencia en apelación por la comunidad de propietarios, la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.<sup>a</sup>) dictó sentencia por la que estimó el recurso al considerar que el plazo de prescripción aplicable era el de quince años del artículo 1964 CC. Así las cosas, los demandados recurrieron en casación alegando la existencia de interés casacional por contradicción entre la doctrina seguida al respecto por las distintas audiencias provinciales.

Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró que resultaba aplicable a este supuesto el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 1966.3 CC, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, puesto que la obligación de contribución de los comuneros a los gastos comunes establecida en el artículo 9.1.e) LPH resulta plenamente subsumible en el supuesto contemplado en dicho artículo 1966.3 CC, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley haya de determinar la aplicación de un plazo distinto de prescripción. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo razonó que el artículo 1966.3 CC está inspirado en el *favor debitoris*, pues a través de él se pretende impedir que los deudores se vean perjudicados mediante una continua y sucesiva acumulación que puede conducirlos a la ruina, resultando incomprensible que la comunidad hubiera dejado transcurrir tan largo período de tiempo para exigir el pago. (*A. A. O.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Derecho al honor. No es necesaria la divulgación del hecho para que se produzca intromisión ilegítima en el derecho al honor.**—En la sentencia 584/2011, de 20 de julio, declaramos: «El artículo 7.7 LPDH en su redacción anterior a la reforma operada por la disposición final 4.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, utilizaba el término «divulgación» en su redacción: «La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena». Tras la citada reforma se considera intromisión ilegítima «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». Con esta reforma, el legislador amplió los supuestos en los que se produce vulneración del derecho al honor de las personas, con la intencionada supresión del requisito de la divulgación, sin que sea necesario el mismo para la comisión de la intromisión ilegítima.

«Por otra parte, ya no es precisa la divulgación del hecho para que se produzca la intromisión ilegítima en el derecho al honor, pues la divulgación será un elemento más que debe tenerse en cuenta en la ponderación siempre que se haya producido la intromisión en el derecho fundamental al honor. En recientes sentencias, se ha partido de la base de que 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 (SSTS de 3 de junio de 2009 (RC n.º 1389/2006) y 1 de febrero de 2011 (RC n.º 2186/2008))».

En sentencias posteriores hemos afirmado que no es preciso que haya existido una efectiva divulgación de la información afrentosa para que se haya vulnerado el derecho al honor del afectado y se le hayan causado daños morales, puesto que 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. (**STS de 12 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

**HECHOS.**—En el caso de la sentencia que nos ocupa, la intromisión ilegítima en el derecho al honor consiste en la imputación de unos hechos delictivos graves a través de mensajes de texto enviados directamente al teléfono del afectado y, posteriormente, mediante correos electrónicos dirigidos a una cuenta común a la que tenían acceso los miembros de una asociación a la que pertenecía el demandante. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda de protección al honor y condenaron al autor de las imputaciones a pagar una indemnización de 7.000 euros. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (*C. O. M.*)

**4. Uso de fotografías por los medios de comunicación.**—El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica

generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde. Además, el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental autónomo respecto de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar. Esto implica que si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho a la propia imagen pero también a su derecho al honor o a su derecho a la intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada aumenta, a medida que vulnere más de uno de estos derechos.

Respecto a la utilización de la imagen de una persona obtenida de las redes sociales, el Alto Tribunal ha afirmado que el consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en una red social, no conlleva la autorización para hacer uso de la misma, publicándola o divulgándola de una forma distinta, pues no constituye el consentimiento expreso que exige la ley. Cuando una persona publica una fotografía en una red social de una manera abierta, lo hace con la finalidad de comunicarse con terceros, dando a estos la posibilidad de tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular. En ningún caso supone que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.

Los usos sociales legítimos de internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes previamente publicadas en la red, bien retuiteando el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un link o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al artículo 2.1 LOPDH. Ahora bien, la libertad de información no justifica la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida de su red social, pues esta no tiene la consideración de lugar abierto al público, a efectos de aplicar el artículo 8.2.a) LOPDH. El hecho de que pueda accederse libremente a las fotografías de esa red social no constituye el consentimiento expreso que prevé el artículo 2.2 LOPDH como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. (**STS de 29 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En la edición *online* correspondiente al 7 de diciembre de 2016, la revista EJ publicó, en tono satírico, una noticia relativa al nivel educativo de los estudiantes españoles, cuya información iba ilustrada con una fotografía del interior de un aula, en la que, además de los estudiantes de espaldas, resultaba plenamente identificable el profesor, que aparecía junto a la pizarra, en ademán habitual para impartir una clase. La fotografía en cuestión había sido obtenida de la edición digital del diario S, bajo un enlace, y había sido retocada a fin de sustituir en la pizarra el original «Bienvenidos» por «Bienbenidos». El demandante (H, el profesor que aparecía en la fotografía) alegó que había sido ajeno al uso de su imagen y se ha visto expuesto al público sin su consentimiento expreso, al haberse alterado de forma unilateral y grosera la fotografía original para apoyar un titular con que ilustrar una de sus

sátiras. Argumenta el actor que EJ lo ha convertido en inopinado protagonista, con lo que lo ha sometido a un escarnio público.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Tras realizar el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, concluyó que: 1) el artículo tenía como base una información de interés general; 2) es innegable el tono satírico y ácido del texto y de la fotografía retocada. En la noticia, se crea un claro contexto de ficción en el que se exageran las consecuencias negativas de las políticas que en el mismo se critican, entendiéndose que cualquier lector puede deducir que dicha fotografía había sido manipulada con la finalidad indicada. Ni en la fotografía ni en el texto del artículo se identifica con su nombre y apellidos al actor ni tampoco se hace escarnio del mismo, pues con la simple lectura del texto puede comprobarse que no se hace ninguna referencia personal o profesional de H. Tampoco se ha cometido infracción alguna por el hecho de utilizar la fotografía citada, en tanto que su acceso era público y libre a través de Internet, por estar publicada digitalmente.

H interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Consideró que la actuación llevada a cabo por los demandados es constitutiva de intromisión ilegítima, siquiera sea de carácter leve, en el derecho al honor, en su vertiente de derecho al prestigio profesional, y el derecho a la propia imagen. La utilización de la imagen de H, en quien no concurre la condición de persona pública, además de no contar con su preceptivo consentimiento, se realiza en unas condiciones (manipulación para resaltar una falta de ortografía) que, de forma gratuita e innecesaria, ponen en entredicho la recta profesionalidad del demandante, en su condición de profesor. Según la Audiencia, una adecuada proporcionalidad de la utilización de la imagen del actor tendría que haber llevado a los demandados a manipular la fotografía para evitar que el profesor fuera identificado, lo que habría evitado el detrimento del prestigio profesional de este, sin restar un ápice a la función atribuida a la fotografía en el contexto de la publicación.

Los demandados recurrieron la sentencia en casación, alegando, en primer lugar, la infracción del artículo 20.1.a) CE, en relación con el artículo 18 CE, y el artículo 8.2.b) LOPDH, en el necesario juicio de ponderación. Según el Alto Tribunal, es cierto que la fotografía del actor, impartiendo docencia en el centro público en el que trabaja como profesor, publicada en Internet, no fue captada de una cuenta abierta por aquel en una red social, sino directamente de un diario digital, cuya fotografía puede ser contemplada por cualquier usuario de la red. Ahora bien, tal circunstancia no significa que no quepa apreciar una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, pues no se limita el artículo publicado a difundir la imagen del actor obtenida sin su consentimiento de otro medio de comunicación social, sino que, además, se manipula *ad hoc* para ilustrar una información crítica, en tono de sorna, sobre nuestro sistema educativo, que si bien abstractamente considerada es perfectamente legítima, desde el punto de vista de los derechos de la libertad de información y expresión, sin embargo, incorpora unos elementos peyorativos ridiculizantes del actor, que no es persona pública, directamente conectados con su actividad profesional.

El actor autorizó su fotografía para ilustrar una información previa sobre la apertura del centro docente en el que trabajaba, tras las obras a las que fue sometido, pero de dicha autorización no se extiende a la proyección de su imagen en el contexto de la revista EJ. El demandante no era el sujeto de la noticia, que no se refería a su persona, ni a una actuación suya merecedora de crítica social, ni se trata de un personaje público. El Tribunal Supremo entiende que no concurren aquí las condiciones establecidas en el artículo 8.2.a) LOPDH para la exoneración de la necesidad de consentimiento. Tampoco concurren los requisitos del artículo 8.2.b) LOPDH, pues en este caso no se trata de la difusión de un dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto del demandante. Por tanto, la publicación de la foto litigiosa no era necesaria para asegurar una información libre en un estado democrático. Carece del más mínimo interés para la finalidad propia de la inserción de la misma como soporte gráfico del artículo periodístico, reiterándose su carácter gratuito e innecesario.

Por otro lado, se alega la infracción del artículo 20.1.a) CE, en relación con el artículo 18 CE, y los artículos 2.1, 7.5 y 7.7. LOPDH. Según el Alto Tribunal, no es el texto de la noticia la que implica la lesión del derecho fundamental al honor del actor, sino su apreciación conjunta con la totalidad de la información, que se encuentra ilustrada con esa fotografía. Por tanto, no se consideran lesionados los artículos 7.5 y 7.7 LOPDH. Por otro lado, explica el Tribunal Supremo que no nos hallamos tampoco ante un titular periodístico, sino ante la emisión incontestada de la imagen del actor, en un contexto manipulado, que se considera objetivamente molesto para el demandante, en tanto en cuanto viene a poner en entredicho su profesionalidad y capacidad para impartir docencia, y que tampoco es consecuencia de una actuación previa suya merecedora de reproche o crítica social. La fotografía no ocupa un espacio accesorio de la noticia, sino de importancia y extensión similar al texto escrito. La manipulación satírica de la fotografía obedece en este caso concreto a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente. Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso.

NOTA.—El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado en infinidad de veces en relación con la colisión entre la libertad de expresión e información y el derecho fundamental a la propia imagen. Algunos de los temas tratados son: 1) el juicio de ponderación entre la libertad de expresión y de información y otros derechos fundamentales, y la prevalencia de aquellas cuando son ejercitadas por profesionales de la información (SSTC 29/2009, 9/2007 y 105/1990); 2) la supremacía del derecho a la propia imagen sobre la libertad de expresión e información (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, 121/2002, de 20 de mayo, 18/2015, de 16 de febrero, y SSTC de 19 de diciembre y 24 de septiembre de 2019); 3) el contenido del derecho a la propia imagen (SSTC 23/2010, de 27 de abril, 12/2012, 19/2014, de 20 de febrero y 25/2019, de 25 de febrero, y SSTC de 20 de julio de 2018, 24 de septiembre y 19 de diciembre de 2019); 4) la independencia del derecho a la propia imagen respecto de los derechos al honor y a la intimidad (SSTC de 22 de febrero de 2006, 9 de junio de 2009, 22 de



enero de 2014 y 15 de septiembre de 2015); 5) el uso de la imagen de una persona obtenida de las redes sociales (SSTS de 19 de diciembre de 2019, 20 de julio de 2018 y 15 de febrero de 2017); 6) el requisito de que el titular del derecho a la propia imagen no quede identificado o pueda serlo (SSTS de 19 de julio de 2004, 31 de mayo de 2010 y 15 de septiembre de 2015); 7) la manipulación satírica de una fotografía (STC 23/2012, de 27 de abril, y STS de 14 de septiembre de 2016). (S. L. M.)

**5. Conflicto entre el derecho al honor y libertad de expresión. Criterios de ponderación entre ambos derechos. Preeminencia de la libertad de expresión siempre que concurren los requisitos de interés general o relevancia pública y proporcionalidad de la opinión expresada.**—Para que no se revierta la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión sobre el derecho al honor es preciso que concurren dos presupuestos, consistentes en el interés general o la relevancia pública de la opinión expresada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y en la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribía el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias o que no guarden relación o no resulten necesarias para transmitir la idea crítica (por ejemplo, SSTC 58/2018 y 133/2018, y sentencias de esta SSTS 488/2017, de 11 de septiembre, 92/2018, de 19 de febrero, 338/2018, de 6 de junio, 620/2018, de 8 de noviembre, todas ellas citadas por la más reciente sentencia 429/2019, de 16 de julio).

**Doctrina jurisprudencial acerca del juicio de proporcionalidad cuando las expresiones se han vertido en el ámbito o contexto de la crítica política: prevalencia de la libertad de expresión respecto al derecho al honor.**—Acerca del juicio de proporcionalidad la jurisprudencia considera que para analizar la entidad lesiva de las palabras o expresiones hay que prescindir de su valoración aislada, de su significado gramatical, y estar al contexto en que fueron proferidas, y admite que se refuerce la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda o conflicto, tanto de naturaleza política —como es el caso— cuanto laboral, sindical, deportivo, procesal y otros (por ejemplo, SSTS 450/2017, de 13 de julio, 92/2018, de 19 de febrero, 338/2018, de 6 de junio, y 102/2019, de 18 de febrero). En atención a esto, al mayor ámbito de crítica que corresponde a los políticos (sentencia 551/2017, de 11 de octubre, con cita de las SSTEDH de 26 de abril de 1992, 7 de noviembre de 2006, 8 de julio de 2008 y 15 de julio de 2010) y al máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de este son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública (SSTC 107/1988, 110/2000, y 79/2014), esta Sala ha negado entidad lesiva, por su contexto, a expresiones —incluso aparentemente más graves que las aquí controvertidas— valorándolas como meros excesos verbales por más que, aisladamente consideradas, sí pudieran tenerse en el concepto público por ofensivas. Asimismo, «[...] la doctrina del TEDH (sentencias de 15 de marzo de 2011, caso Otegui Mondragón contra España, y 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España) asigna a la libertad de expresión en el debate sobre cuestiones de interés público una relevancia máxima, correlativa al margen de apreciación especialmente limitado de las autoridades para sancionar, de tal forma

que las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva, constituyendo por ello su único límite que no se incite ni a la violencia ni al odio».

**Doctrina jurisprudencial sobre la utilización del término «pelotazo» en el ámbito de la crítica política: expresión común o habitual en este tipo de manifestaciones que no constituyen intromisión ilegítima en el derecho al honor.**—En lo que ahora interesa debe señalarse que la existencia de un contexto de contienda o crítica política ha llevado a esta Sala en varias ocasiones a no apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor por el empleo del término «pelotazo». Así, la STS 590/2004, de 17 de junio, en un conflicto entre honor y libertades de información y de expresión ejercidas en un contexto de contienda política y en referencia a un tema de interés general en la localidad en que se produjo, concluyó que en el término «pelotazo» no podía analizarse atendiendo a su significación aislada sino en ese contexto, con la consecuencia de que «no se entiende que «pelotazo» en el presente caso y atendidas todas las circunstancias anteriores, implique expresión insultante, vejatoria o difamatoria». Igualmente, la STS 822/2008, de 25 de septiembre, en un conflicto con ocasión de las manifestaciones realizadas por en televisión por un periodista y por una concejal denunciando la ilicitud de un convenio urbanístico municipal celebrado con una sociedad mercantil, afirmó lo siguiente: «La expresión «pelotazo» en relación con los hechos no está fuera de lugar; es una calificación que, si bien implica un desdoro, está relacionada con la noticia y no es desproporcionada con su contenido. Es una expresión utilizada muy comúnmente para indicar «un enriquecimiento fácil y rápido mediante operaciones puramente especulativas» (Diccionario María Moliner), y si bien es cierto que «frecuentemente se utiliza con intención despectiva aludiendo a la poca limpieza» (Diccionario M. Seco.), en el caso no añade nada ultrajante o vejatorio, ni de mayor descrédito, que el que pueda resultar de los propios hechos objeto de la información».

Por su parte, la STS 791/2011, de 11 de noviembre, en un caso como este, también relacionado con temas urbanísticos y en el que igualmente se cuestionaba en casación la valoración realizada por la Audiencia del empleo del término «pelotazo», adujo: «Tampoco el término «pelotazo» puede considerarse desproporcionado con la opinión que se está manifestando. Como ya señaló la STS de 25 de septiembre de 2008 (RC núm. 2378/2002), «es una expresión utilizada muy comúnmente para indicar un –enriquecimiento fácil y rápido mediante operaciones puramente especulativas– (Diccionario María Moliner), y si bien es cierto que –frecuentemente se utiliza con intención despectiva aludiendo a la poca limpieza– (Diccionario M. Seco), en el caso no añade nada ultrajante o vejatorio, ni de mayor descrédito, que el que pueda resultar de los propios hechos objeto de información». En el caso aquí enjuiciado se está valorando la conducta de los demandantes, dedicados al sector urbanístico y competidores de la demandada, como de intento de dar un pelotazo mediante la obtención de unos beneficios superiores para alcanzar un acuerdo o «paz social». Son expresiones e imputaciones excesivamente genéricas para considerarlas vejatorias y revertir el juicio de prevalencia de los derechos antes señalados» (STS de 6 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**HECHOS.**—Una empresa privada dedicada a la promoción inmobiliaria demandó a una alcaldesa por unas declaraciones en las que, refiriéndose a un proyecto urbanístico en la que aquella inter-

venía, utilizó el término de «pelotazo urbanístico» o «pelotazo especulativo». Las expresiones se vertieron varias veces, con ocasión de la celebración de ruedas de prensa, comparecencias parlamentarias o entrevistas periodísticas, en un contexto de debate público acerca de la conveniencia del citado proyecto para el municipio. El gobierno autonómico, de signo político contrario al partido de la regidora, lo había aprobado, pese a la oposición de la mayoría municipal que sustentaba a la alcaldesa. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la existencia de intromisión ilegítima del derecho al honor. La Audiencia Provincial revocó la sentencia absolvió a la demandada. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (C. O. M.)

**6. Posible consideración como española de origen de una persona nacida de padres españoles en el Sahara Occidental antes de 1976.**—A efectos del artículo 17.1.c) CC, el Sahara Occidental no formaba parte de España antes de 1976.

El camino más seguro para llegar a la interpretación más correcta sobre los términos «territorio español», «territorio nacional» y «España» es atenerse a la normativa española más específica sobre la materia, constituida por la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara, y el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara.

Mediante el artículo único de dicha Ley se autorizaba al gobierno «para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización del territorio no autónomo del Sahara, salvaguardando los intereses españoles», y su preámbulo, tras constatar que el territorio no autónomo del Sáhara había estado sometido en ciertos aspectos de su administración a un régimen peculiar con analogías al provincial, declaraba rotundamente que el Sáhara «nunca ha formado parte del territorio nacional».

El RD 2258/1976, por su parte, arbitraba el sistema para que los naturales del Sahara que cumplieran determinados requisitos pudieran optar por la nacionalidad española en el plazo máximo de un año.

En consecuencia, lo indiscutible es que se reconoce la condición colonial del Sahara —algo por demás difícilmente cuestionable incluso durante la etapa de «provincialización»— y que, por tanto, el Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen contemplada en el artículo 17.1.c) CC. En otras palabras, no son nacidos en España quienes nacieron en un territorio durante la etapa en que fue colonia española. (**STS de 29 de mayo de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Gloria solicita la declaración de su nacionalidad española con valor de simple presunción por haber nacido en territorio del Sahara Occidental antes de 1976, ser hija de españoles y carecer de nacionalidad alguna. Su petición es denegada.

Contra tal resolución, Gloria interpone recurso ante la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN; en la actualidad, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), alegando que era prácticamente imposible para cualquier saharauí, en las condiciones de aquel momento, ejercer el derecho de opción

contemplado en el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara, y mucho más difícil todavía probar actualmente que no se pudo ejercitar dicha opción. La DGRN desestima el recurso.

Gloria interpone demanda contra la DGRN, solicitando se declare su nacionalidad de origen desde la fecha de su nacimiento. La sentencia de primera instancia desestima la demanda.

Gloria recurre en apelación. El recurso es estimado, por lo que se declara la nacionalidad española de origen de Gloria desde su fecha de nacimiento.

La DGRN interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional. El primer recurso es desestimado; el segundo, estimado, por entender que el Sahara Occidental tan solo fue una colonia y, por tanto, no son nacidos en España los nacidos en el Sahara.

NOTA.—La sentencia cuenta con un extenso voto particular de la Excm. Sra. M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, al que se adhieren los Excm. Sres. Antonio Salas Carceller y Rafael Sarazá Jimena. Se afirma que el resultado práctico de la aplicación del Real Decreto 2258/1976 sería la privación de la nacionalidad española a quienes eran españoles, tal y como quedaba acreditado, entre otros, por la documentación española que poseían (dado que su expedición a la población saharauí que lo solicitaba se basaba, precisamente, en el reconocimiento por el Estado de su condición personal, de acuerdo con una política de asimilación), por la garantía de su derecho de representación en Cortes, su participación en el referéndum sobre la Ley Orgánica del Estado de 1966 y su posibilidad de acceso a la condición de funcionario de la administración pública española (algo reservado a los nacionales españoles). En consecuencia, en el presente caso debió estimarse la demanda y declarar que Gloria era española porque nació de padres españoles, saharauís nacidos a su vez en el Sahara Occidental, y a quienes el Estado español había dotado de la documentación que solo otorgaba a los españoles (documento nacional de identidad, libro de familia expedido por el Registro Civil).

En el mismo sentido, la aplicación del citado Decreto de 1976 sería, además, contraria al artículo 11.2 CE, conforme al cual, ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. (T. R. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**7. Contratos. Compraventa. Indemnización por incumplimiento. No aplicación de las normas sobre protección de consumidores relativas a daños causados por productos defectuosos o garantía postventa.**—Al ejercitarse una acción de indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de compraventa debido a las deficiencias que presenta el vehículo, las acciones relativas a la responsabilidad civil por bienes o productos defectuosos (arts. 128-149 TRLGDCU), así como las correspondientes a garantías y servicios postventa (arts. 114-127 TRLGDCU),

no son adecuadas para indemnizar el daño que supone la frustración del interés contractual del adquirente del bien o servicio que no se ajusta a lo contratado. Por el contrario, para solventar este tipo de pretensiones indemnizatorias deben aplicarse las normas del Código civil.

**Principio de relatividad de los contratos. Interpretación evolutiva. Excepciones a su aplicación en determinados ámbitos de la contratación.**

**Compraventa de automóviles.**—Cuando se promulgó el Código civil los procesos económicos eran bastante simples. La compraventa contemplaba las adquisiciones de objetos ya usados, y el contrato de obra generalmente las de productos fabricados por encargo, que era la forma usual de fabricar productos elaborados. Sin embargo, cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando y se generalizó la producción en masa, este modelo entró en crisis y se hizo necesario en ciertos casos excepcionar la aplicación del principio de relatividad de los contratos, como sucedía en las operaciones de construcción y venta masiva de inmuebles. Esta excepción atendía sobre todo a la unidad del fenómeno económico del proceso de construcción y venta y a la correspondencia entre el daño sufrido por el acreedor en el segundo contrato (el comprador) y la violación de las obligaciones de los deudores (contratista o arquitecto) en el primer contrato, el de obra. La contratación en el sector del automóvil presenta también particularidades que justifican limitar o excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos, dados los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores y la afectación masiva, a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación.

**Vinculación de los contratos de fabricación y venta de automóviles. Extensión al fabricante de la responsabilidad por incumplimiento frente al comprador final.**

—La regulación como unidades autónomas de los contratos de fabricación de automóviles y de venta de los mismos pugna con la realidad económica. Se trata, en realidad, de contratos conexos en los que se plasma la existencia de una 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 y, 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. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante.

**No aplicación al fabricante de automóviles del principio de relatividad respecto del contrato final de venta. Interpretación del artículo 1257 CC conforme a la realidad social actual. Responsabilidad contractual del fabricante frente al comprador final.**

—No cabe limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final, pues su legítimo derecho a ser resarcido puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente, incluso puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, pues, de acuerdo con el artículo 1107 CC, es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso. Por tanto, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un *penitus extranei*, como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que había puesto en el mer-

cado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento. Una interpretación del artículo 1257 CC que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 CC), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria. Por ello, el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas. 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 Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En 2013 la actora había comprado en TM, S. L., concesionario oficial del grupo Volkswagen de su localidad, un automóvil Seat Ibiza con motor diésel fabricado por la compañía Seat, S. A. Dos años después tuvo conocimiento de que el motor del vehículo tenía instalado un software que desactivaba las emisiones de los óxidos de nitrógeno (NOx) cuando detectaba que estaba siendo sometido a control de emisiones, manipulando así los resultados de las mediciones de emisiones contaminantes. La compradora demandó al vendedor y al fabricante solicitando la anulación de la compraventa por vicios del consentimiento o la resolución por incumplimiento, así como la indemnización de los daños morales padecido. Subsidiariamente pidió la indemnización de los daños materiales y morales derivados de no cumplir el objeto las características con las que había sido ofertado en cuanto a emisiones, y la necesidad de someterlo a modificaciones para eliminar el mecanismo de manipulación instalado y cumplir los estándares de emisión de gases contaminantes. Las demandadas opusieron su absoluta falta de responsabilidad en el hecho denunciado, toda vez que la instalación del dispositivo fraudulento se había llevado a cabo por la fabricante de los motores en origen, Volkswagen A. G., limitándose Seat, S. A. a su incorporación a los autos que fabricaba. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia Provincial acogió parcialmente el recurso de apelación y condenó a la vendedora TM, S. L. al pago de 500 euros en concepto de indemnización del daño moral. Absolvió a Seat, S. A. por carecer de legitimación pasiva al considerar que, pese a que en las relaciones entre fabricantes esta asumía como propio lo hecho por la autora del fraude, lo cierto era que, ejercitándose en el proceso una acción de responsabilidad contractual, no existía vínculo de esta naturaleza entre la compradora y cualquiera de las fabricantes (Seat y Volkswagen), a diferencia de lo que habría sucedido si la acción ejercitada hubiera sido la de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos del artículo 128 TRLGDCU. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora.

NOTA.—Esta Sentencia del Pleno aborda por primera vez en España las consecuencias derivadas del denominado *Dieseldgate*. Este caso, por la entidad de sus autores y la trascendencia económica y social que tuvo, causó un gran impacto a nivel internacional con consecuencias jurídicas, que aún se discuten y litigan, en diver-

sos países (así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 25 de mayo de 2020, que confirma la dictada por la Audiencia de Coblenza en junio de 2019, condenó a Volkswagen a restituir el precio pagado por el comprador, deducida la pérdida de valor por el uso y a recibir la devolución del vehículo vendido). Se trata sobre todo de determinar la responsabilidad contractual del fabricante frente al consumidor final por la manipulación fraudulenta del producto vendido, en relación con el contrato de venta del vehículo, cuando no sean aplicables las acciones específicas del derecho de consumo (garantía postventa y daños causados por productos defectuosos). Frente a las soluciones que se han ido adoptando en otros países [Ormazabal Sánchez, «El «dieselgate» ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», *Indret*, 3, 2020, pp. 25-58], el Tribunal Supremo ha optado por atribuir responsabilidad al fabricante, pese a la inexistencia de un vínculo contractual directo e inmediato con el comprador, haciendo excepción con ello del principio de relatividad de los contratos contemplado en el artículo 1257 CC. Debe señalarse que los términos del debate ante el Alto Tribunal se circunscribieron a si el fabricante en España debía responder de la indemnización por el daño moral generado por el incumplimiento de lo pactado y por la incertidumbre ante las consecuencias que podría tener el descubrimiento de la instalación del mecanismo fraudulento. Se sustrajo así a la decisión del Tribunal si procedía, o no, declarar la nulidad o la resolución del contrato y las consecuencias que cualquiera de estas medidas podría tener a la luz de las dificultades que conlleva hacer efectivas las restituciones impuestas por el ordenamiento (art. 1303 CC) [en este sentido, Carrasco Perera, «Dieselgate: soluciones contractuales y extracontractuales», *GA\_P*, julio 2020, pp. 5 y 6]. (L. A. G. D.)

**8. Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica. Imprevisibilidad del cambio de circunstancias.**—La doctrina jurisprudencial actual sobre la *rebus sic stantibus* (STS 455/2019, de 18 de julio) sostiene que la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incrementa de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (STS del Pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo (STS 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (SSTS 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras).

**Aplicación a los contratos de larga duración. No cabe apreciar la alteración de las circunstancias en contratos de corta duración.**—El

cambio de características que podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato. En nuestro caso, en que la duración del contrato es de un año, es difícil que un cambio de circunstancias referido a la demanda en el mercado de inserción de la publicidad en TV, escape al riesgo asumido con la prórroga del contrato. Cuando la actora, libremente, asumió la prórroga del contrato sabía que el mínimo garantizado sería como poco el del año anterior, lo que conllevaba el riesgo de no llegar a conseguir y facturar ese mínimo de publicidad, y tener que compensar por ello a TVG. La bajada de demanda de publicidad en TV, al venir referida a un corto periodo de tiempo, un año, no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato, además de que no fue algo tan drástico e imprevisible: el descenso de la inversión publicitaria en general fue de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en el 2008. En consecuencia, no resultaba de aplicación la regla *rebus sic stantibus*. (**STS de 6 de marzo de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En enero de 2006 la mercantil ZGM suscribió, con las compañías de gallegas TVG y RTVG, sendos contratos por los cuales a la primera se le cedía en exclusiva la gestión, promoción y venta de espacios publicitarios para la emisión de anuncios en los canales de televisión y radio titularidad de las comitentes. Estas se comprometían a pagar a ZGM una comisión porcentual sobre los ingresos brutos que obtuvieran con la publicidad contratada por la mediación de aquella. Correlativamente, ZGM garantizaba una producción mínima que aumentaría o disminuiría en relación directa con la variación de audiencia o cuota de pantalla que resultara para cada año respecto de la obtenida en 2005. Los contratos se suscribieron por los años 2006 y 2007, con posibilidad de prórroga anual, que efectivamente se dio de forma tácita al continuar ZGM prestando estos servicios en 2008. Durante ese año se produjo un descenso de la inversión publicitaria respecto de las anualidades anteriores. ZGM demandó a las comitentes reclamando el importe de diversas facturas pendiente de pago por los servicios prestados durante 2008. RTVG y TVG se opusieron y formularon reconvenición, solicitando a la actora reconvenida el pago del mínimo garantizado correspondiente a la anualidad prorrogada, para cuyo cálculo, al no haberse alcanzado un acuerdo al respecto, entendían aplicable el inicial del contrato ajustado proporcionalmente a la cuota de pantalla obtenida en 2008. El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente tanto la demanda principal como la reconvenicional. La Audiencia Provincial de A Coruña estimó el recurso de apelación de ZGM y aplicó la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, al entender que se había producido una ruptura de la base económica del contrato como consecuencia de la caída del mercado publicitario. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por las demandadas. (*L. A. G. D.*)



**9. Responsabilidad contractual. Fundamento: relación causal y culpa. Inaplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad por falta de culpa.**—De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, de acuerdo con los artículos 1101 y 1902 CC, posee como fundamento la culpa. Esta responsabilidad de tipo subjetivo solo se excepciona por ley, al margen de los supuestos de actividades anormalmente peligrosas en los que se presume la culpa. La mera producción del daño no equivale a la culpa, puesto que ello supondría establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado que no tiene encaje en el artículo 1902 CC (SSTS de 18 de marzo de 2016, 17 y 18 de diciembre de 2019). La responsabilidad exige el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de la relación contractual (SSTS de 16 de noviembre de 2016, 31 de enero y 28 de mayo de 2019). La gestión de una residencia de tercera edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, ni conlleva la obligación exorbitante de observar a los residentes durante las veinticuatro horas del día, cuando no se encuentren en una situación de peligro que exija la adopción de especiales medidas de cuidado por no padecer una patología que precise de asistencia continúa. Los artículos 147 y 148 TRLGDCU (antes arts. 26.2 y 28 LGDCU) exigen la prueba de una relación causal entre la prestación del servicio y el daño (SSTS de 15 de noviembre de 2007 y 6 de febrero de 2009). La doctrina de la pérdida de oportunidad está prevista para los supuestos de indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido, por lo que no resulta aplicable cuando el resultado no sea imputable por no haberse omitido la diligencia debida en la prestación de los servicios. **(STS de 11 de marzo de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La hija de una septuagenaria fallecida por infarto de miocardio en una residencia de tercera edad, interpuso demanda contra su entidad titular al considerarla responsable del óbito que tuvo lugar mientras la residente se encontraba sin vigilancia en un jardín de la residencia, siendo localizada aproximadamente a la hora de su fallecimiento. El contrato abarcaba alojamiento, pensión y asistencia sanitaria, y la fallecida padecía de ceguera del ojo izquierdo y deterioro de la agudeza visual del ojo derecho, migraña, hernia de hiato y síndrome ansioso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al pago de una indemnización al considerar que la fallecida no podía desplazarse sin ayuda dada su escasa visión, y que falleció por infarto de miocardio sin recibir atención médica que pudiera salvar su vida. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estima con fundamento en que el fallecimiento obedeció a causas naturales dado que la ceguera de la fallecida no impedía encontrarse en el jardín durante un breve periodo de tiempo sin atención ni vigilancia; en que no se acreditó la relación causal entre dicha situación y la causa de la muerte al no probarse que fuera debida a una caída, falta de asistencia sanitaria o por encontrarse sin vigilancia. La demandante interpuso el recurso de casación articulado en tres motivos. En el primero, alegó infracción del artículo 1104 CC esgrimiendo que la responsabilidad civil, en aras de dar satisfacción a la víctima, prescinde, en mayor

o menor medida, de la exigencia de culpa, limitándose a requerir la prueba de la relación causal. La recurrente alegó en el segundo motivo infracción de los artículos 26.2 y 28 LGDCU, que descarta el Tribunal Supremo por no padecer la fallecida un proceso patológico que requiriese una asistencia médica propia de un centro hospitalario. Ello impide apreciar relación causal al no fallecer por una indebida prestación del servicio sino por causa natural, sin que pueda afirmarse que de encontrarse acompañada se hubiera podido salvar su vida. En el último motivo, la recurrente pretende la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad dado que la fallecida no pudo recibir asistencia sanitaria al momento de sufrir el infarto. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo señala que la jurisprudencia ha retornado a la exigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, lo que observamos en la STS de 16 de febrero de 2009 que señaló que «*el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC*». No obstante, apreciamos que lo verdaderamente relevante para el sentido del fallo fue la determinación de la prestación debida. Sobre este particular, se ha señalado que en las obligaciones de hacer solo es relevante el incumplimiento porque el estándar de diligencia profesional integra el contenido de la obligación en sentido objetivo (Carrasco Perera, A., *Derecho de Contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 939). La sentencia apreció que podía dejarse sola a la residente durante una o dos horas, al estimar que una vigilancia durante veinticuatro horas resultaría una obligación exorbitante. Esta concreción de la prestación descarta, por tanto, toda relación causal entre el fallecimiento y la conducta de la demandada que no constituye incumplimiento ni cumplimiento defectuoso. Ello, a su vez, impide plantearse la responsabilidad regulada en los artículos 147 y 148 TRLGDCU a pesar del carácter objetivo que se le atribuye (véase Santana Navarro, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, II, pp. 399 y ss.). La aludida concreción también excluye la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, que entendemos hubiera procedido de estimarse que la prestación exigía una vigilancia continua de la fallecida porque en tal caso habría incumplimiento y consecuentemente se hubiera perdido la oportunidad de salvarle su vida mediante una asistencia sanitaria. Para un exhaustivo estudio de la doctrina de la pérdida de oportunidad o *chance*, como técnica para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal, véase Reglero Campos, L. F., y Medina Alcoz, L., «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», *Tratado de Responsabilidad civil* (coord. por L. F. Reglero Campos), I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 780 y ss. Dado el ámbito y finalidad de esta doctrina, la Sala desecha su aplicación al no existir un problema de indeterminación de la relación causal por la reiterada concreción de la prestación debida. (F. S. N.)

**10. Responsabilidad profesional del abogado por dejar prescribir una acción.**—La Sala Primera no aprecia responsabilidad civil del abogado con relación al hecho controvertido de dejar prescribir una acción, cuando esta cuestión no ha sido probada y cuando jurídicamente era más que defendible que la susodicha acción no había prescrito procesalmente. En tal caso, no existe nexo causal entre la actuación profesional que se considera descuidada y el resultado dañoso experimentado por el cliente. (**STS de 29 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 5 de mayo de 2008, A interpuso demanda contra B y su compañía de seguros S, con el fin de reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente de circulación del que fue víctima. La demanda reclamaba una serie de cantidades por daños materiales relativos a rescate y gastos de paralización del vehículo de A, así como por secuelas y días de estabilización de estas. El accidente había ocurrido el 13 de febrero de 2004, archivándose la causa penal el 12 de agosto de ese mismo año, por auto. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por prescripción. Esa sentencia devino firme, al no recurrirse.

Ante ello, A demandó a su letrada por responsabilidad profesional y en particular, por prestación anormal de los servicios jurídicos con perjuicio para el cliente, al no haberse atendido la *lex artis*, por parte de la abogada. A juicio de A la negligencia de su abogada era doble; por un lado, por dejar prescribir la acción y, por el otro, por presentar una demanda abocada al fracaso.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda; sentencia que fue confirmada por la Audiencia y contra la que A interpuso sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. (A. I. R. A.)

**11. Acción de impugnación de la lista de acreedores. Acción de reintegración. Legitimación activa. Fraude procesal.**—La sociedad demandante impugna la lista de acreedores, en concreto, la clasificación de un crédito que había sido reconocido y clasificado por la administración concursal como crédito con privilegio especial, al estar garantizado con una prenda constituida sobre el saldo de una cuenta. Pero la impugnación de la lista de acreedores, en realidad, encerraba una acción de nulidad de la constitución de la garantía real por existir una prohibición de disponer sobre el saldo de la cuenta, acordada en unas medidas cautelares, razón por la cual no se cumplían los requisitos legales para la constitución de la prenda (art. 1.857.3.º CC). Esta acción de nulidad no deja de ser una de esas acciones de impugnación de actos de disposición realizados por el deudor concursado con anterioridad a la declaración de concurso, que después del concurso tienen la consideración de acciones de reintegración. El artículo 72 LC limita la legitimación activa para ejercitar las acciones de reintegración exclusivamente a la administración concursal. Esta restricción de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de reintegración contrasta con la amplitud de legitimación reconocida en el artículo 96 LC para la impugnación de la lista de acreedores, que se la reconoce a cualquier interesado. En el caso enjuiciado existe fraude procesal, pues el demandante, para evitar la aplicación de las normas que restringen la legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación,

acude al subterfugio de la impugnación de la lista de acreedores, a efectos de justificar su legitimación para ejercitar la acción de nulidad de la constitución de la prenda, legitimación de la que carece. **(STS de 26 de mayo de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el año 2006, la Compañía Trimtor S. A., la Constructora Guifersol S. A. y Construcciones Villegas S. L. constituyeron una Unión Temporal de Empresas (UTE Caravaca). El 4 de agosto de 2011, Construcciones Villegas transmitió a las otras dos sociedades sus derechos y obligaciones en la UTE, a cambio de 2.999,70 euros. Construcciones Villegas fue declarada en concurso de acreedores en el año 2011 y, en el seno de un incidente de reintegración se acordaron las siguientes medidas: «1.º oficial a la CAM para que en relación a la cuenta titularidad de la UTE retenga la cantidad de 3.544.735 euros (importe en que se cifraba la participación de esa sociedad en la UTE); y 2.º requerir a las otras sociedades que conforman la UTE (Trimtor y Guifersol) para que, en relación con la UTE Caravaca, se abstengan de realizar cualquier tipo de actuación, sin contar con el consentimiento de la mercantil Construcciones Villegas en concurso».

El 31 de diciembre de 2012, Banco de Valencia concedió a Guifersol un préstamo de 362.900 euros, afianzado por Trimtor, y a esta última otro préstamo de 152.420 euros, afianzado por Guifersol. Para garantizar la devolución de ambos préstamos, la UTE constituyó una prenda sobre el saldo de la cuenta de la UTE abierta en la CAM hasta la cantidad de 538.085 euros, y se hacía constar expresamente en la póliza de constitución de la garantía prendaria que «(el) saldo se encuentra en la actualidad indisponible en virtud de resolución judicial pronunciada en incidente concursal núm. (...)». En abril de 2015, Guifersol fue declarada en concurso de acreedores. En la lista de acreedores, el crédito de CaixaBank (sucesora de Banco de Valencia), derivado del préstamo de 31 de diciembre de 2012, fue reconocido y clasificado como crédito especialmente privilegiado en cuanto estaba garantizado con la prenda sobre el saldo bancario.

La lista de acreedores fue impugnada por Trimtor, que impugnó la clasificación del crédito de CaixaBank como crédito con privilegio especial. En esta demanda de impugnación, se solicitó la nulidad del contrato de pignoración de 31 de diciembre de 2012 y que, en consecuencia, se clasificara ese crédito como ordinario. La nulidad se fundaba en la infracción del artículo 1.857.3.º CC, ya que sobre el activo pignorado no podían disponer Guifersol y Trimtor por impedirlo una medida cautelar. CaixaBank se opuso alegando que la nulidad de la prenda debía hacerse valer por el incidente de reintegración (art. 71.6 LC) y que la legitimación activa para ejercitar esta acción correspondía a la administración concursal (art. 72 LC). La sentencia de primera instancia estimó la demanda porque entendió que la constitución de la prenda es una actuación prohibida sobre el patrimonio de la UTE, ya que dichas sumas son indisponibles, debiendo acordarse la nulidad de dicho contrato. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por CaixaBank. La Audiencia confirma la procedencia de la nulidad de la

constitución de la prenda. Frente a la sentencia de apelación Caixa-bank interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal. (*J. M.ª M. F.*)

**12. Concurso de acreedores. Legitimación para pedir la calificación del concurso.**—Los acreedores y demás interesados en la calificación carecen de legitimación para pedir una determinada calificación del concurso, pero se les reconoce la posibilidad de intervenir como adyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, y para apelar (art. 172. bis. 4 LC). Y a estos concretos efectos se les reconoce la condición de parte.

**Concurso de acreedores. Intervención de terceros y naturaleza.**—La intervención de los terceros en esta sección es más limitada que la prevista con carácter general en el artículo 193.2 LC, y se acomoda mejor a la modalidad de *intervención adhesiva simple*, que contempla el artículo 13.1 LC, porque al intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, no pueden sostener otras distintas. Sus iniciales alegaciones tan solo habrán servido para informar a la administración concursal, para sugerir un determinado sentido la calificación, a fin de que las tenga en cuenta, y, haciéndolas suyas, las incorpore en su informe *como hechos relevantes para la calificación del concurso* (art. 169.1.º LC).

**Concurso de acreedores. Terceros personados: alcance.**—Iniciado el incidente concursal, los terceros personados podrán proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, pero dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el ministerio fiscal, únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas. A tenor del artículo 170.4 LC, los terceros personados podrán recurrir también la sentencia de no ser estimadas todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el ministerio fiscal.

**Concurso de acreedores. Legitimación de acreedores para recurrir: supuesto.**—El carácter condicionado y limitado de la legitimación de los acreedores personados en la sección de calificación, y que se justifica por los intereses en juego en la sección de calificación y la necesidad de que el debate procesal se desarrolle ordenadamente, no priva a estos acreedores de la legitimación para recurrir la sentencia que no haya estimado todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, pese a que ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal hayan interpuesto recurso.

**Legitimación de acreedores para recurrir: limitación.**—Si bien el acreedor personado, está legitimado para recurrir la sentencia que no estima alguna de las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal o la administración concursal, no puede introducir en el recurso pretensiones que no hubieran sido formuladas oportunamente por la administración concursal ni por el Ministerio Fiscal en la sección de calificación. Esto es consecuencia de que la administración concursal y el Ministerio Fiscal son los únicos que pueden formular propuestas de resolución que pueden ser tenidas en cuenta por el juez, así como de que en el recurso de apelación (y en el de casación) no pueden introducirse cuestiones nuevas que no hayan conformado el objeto

del litigio en la primera instancia. (STS de 21 de mayo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de las entidades D. 3, S. L. e I., 91 S. L., junto con I. A. F., S. A., acreedoras en el concurso de don F., se personaron en la sección de calificación del citado concurso e hicieron alegaciones y acompañaron documentos para que se calificara el concurso como culpable. El administrador concursal solicitó que el concurso se calificara como fortuito. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en su informe, solicitó que se declarase el concurso como culpable por concurrir los supuestos establecido en el artículo 164-2-5.º LC, se determinara como persona afectada por la calificación a F. y se acordara su inhabilitación para administrar bienes ajenos por un periodo de cinco años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander dictó sentencia en la que calificó el concurso de como fortuito. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación solo por la representación de los acreedores D. 3, S. L. e I., 91 S. L. La administración concursal y el Ministerio Fiscal no apelaron la sentencia. La Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso de apelación por falta de legitimación para recurrir, ya que ni el Ministerio Fiscal ni la administración concursal, únicos con plena y autónoma legitimación para deducir una pretensión autónoma, recurrieron la sentencia de primera instancia, pues la legitimación de los acreedores de la sección sexta es *limitada y condicionada*. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**13. Interpretación del artículo 172 bis LC en cuanto a la responsabilidad por déficit.**—El artículo 172 bis.1 LC no aclara qué debe entenderse por «déficit» a la hora de determinar la responsabilidad de los administradores o liquidadores de la persona jurídica. Ante la falta de una especificación legal, debemos atender a la razón de esta responsabilidad, que no es otra que la generación o agravación de la insolvencia, respondiendo en función de la concreta contribución que la conducta que ha merecido la calificación de concurso culpable ha tenido en dicha generación o agravación de la insolvencia. Esta es la que ha determinado la apertura del concurso de acreedores y, por ello, el déficit no es tanto la insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo), como el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, al que se refiere el artículo 2.2 LC.

Según el Tribunal Supremo, a través de la reforma de la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, el legislador pretendió modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica de la cobertura total o parcial del déficit concursal, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Bajo esta lógica resarcitoria, tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide que puedan pagarse todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Y quienes hayan contribuido a su generación o a su agravación, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso,

deben responder de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución. Ello sin perjuicio de que dicha contribución a la agravación de la insolvencia se pudiera evaluar económicamente en atención a la incidencia efectiva que hubiera tenido en la frustración de la expectativa de cobro de los acreedores. (**STS de 29 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—EE formaba parte del grupo de sociedades E, cuya matriz era GEC. EE fue declarada en concurso de acreedores el 27 de marzo de 2015. P, I y H fueron administradores de EE en el período comprendido entre el 15 de noviembre de 2011 y el 27 de marzo de 2015, en que se declaró el concurso y se abrió la fase de liquidación. Hasta la declaración de concurso, EE transfirió a su matriz (GEC) dinero por un importe total de casi dos millones doscientos mil euros. De esa suma, en el período antes señalado el desvío patrimonial fue de 8.875 euros.

El Juzgado de lo Mercantil declaró culpable el concurso por las siguientes causas: 1) al amparo de lo prescrito en el artículo 164.1 LC, porque sus administradores agravaron de manera gravemente negligente la situación de insolvencia de la concursada; 2) al amparo del artículo 164.2.1.º LC, porque las cuentas anuales de la concursada incurrían en graves irregularidades que impiden un conocimiento fidedigno de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Señaló que la conducta de traspaso patrimonial agravó la situación de insolvencia. Además, condenó a P, I y H, entre otras cosas, a la cobertura del eventual déficit que resultara de las operaciones de liquidación del concurso, hasta el límite de 8.875 euros y de manera solidaria con GEC. Y, finalmente, condenó a GEC, en cuanto cómplice, a la devolución de los casi dos millones doscientos mil euros indebidamente obtenidos de la caja de la concursada.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por los tres administradores sociales y por la sociedad matriz. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de GEC y deja sin efecto la mención a que esta sociedad matriz debía responder de forma solidaria de la condena a la cobertura del eventual déficit impuesta a los tres administradores sociales. Desestimó íntegramente el recurso de P, I y H. La Audiencia rechazó la pretensión de los apelantes de que por «déficit» se entendiera la diferencia que había entre el activo y el pasivo al tiempo de la declaración de concurso.

Frente a la sentencia de apelación, P, I y H interpusieron recurso de casación, alegando la infracción del artículo 172 bis LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en cuanto a qué debe entenderse por condena a la cobertura del déficit. El Alto Tribunal desestima este recurso. Señala que, como la apertura de la sección de calificación fue posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, resulta de aplicación la versión del artículo 172 bis LC introducida por este Real Decreto-ley. En este caso, si bien al tiempo de la declaración de concurso el activo contable era superior al pasivo, en ese activo se encuentra el crédito que la concursada tiene con su matriz (GEC) por las disposiciones de dinero injustificadas (casi dos millones doscientos mil euros). Estas disposiciones injustificadas de dinero, en la medida en que no

se devolvían, provocaron, según el Tribunal Supremo, la insolvencia, el concurso y, consiguientemente, ante la falta de restitución de esas cantidades, que haya un pasivo que resulte insatisfecho con lo obtenido con la realización de todos los activos. Entiende que es lógico que los administradores responsables de la conducta que generó la insolvencia respondan de sus consecuencias, en la medida en que el tribunal de instancia haya justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia (8.875 euros).

NOTA.—Sobre la interpretación del artículo 172.3 LC en su redacción originaria de la Ley 22/2003, Concursal, en relación con la responsabilidad a la cobertura del déficit, *vid.* la STS de 6 de octubre de 2011. Y respecto a la interpretación del artículo 172 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, *vid.* las SSTs de 12 de enero de 2015 y 22 de mayo de 2019. (*S. L. M.*)

**14. Concurso de acreedores. Insuficiencia de la masa activa: efectos.**—Si la administración concursal comunica formalmente la insuficiencia de la masa activa, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 176 bis LC, conlleva que a partir de entonces operará la regla de prelación de pagos prevista en dicho precepto y para evitar la arbitrariedad de la administración concursal, a la hora de atribuir la consideración de *créditos imprescindibles para concluir la liquidación*, a los efectos de ser satisfechos de forma prededucible y, por ello, con anterioridad al resto de los créditos, es necesaria la autorización judicial, recabada por el trámite del artículo 188 LC, con audiencia de los interesados.

**Concurso de acreedores. Preceptiva autorización.**—La administración concursal debe solicitar la preceptiva autorización judicial para que los salarios sean considerados gastos imprescindibles para la liquidación y por ello sean prededucibles. Esta autorización, en la medida en que es necesaria para que aquellos salarios puedan ser considerados y tratados como gastos imprescindibles a los efectos del artículo 176 bis. 2 LC.

**Concurso de acreedores. Salarios y cuota de seguridad social.**—Reconocer a unos salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos que eran imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa consideración las cuotas de la Seguridad Social, toda vez que se consideran imprescindibles, generan no solo el crédito salarial sino también el correspondiente a las cuotas de la seguridad social. Ambos tienen el mismo origen, son el coste generado por ese servicio que se habría considerado imprescindible para concluir las operaciones de liquidación, sin que a estos efectos se pueda distinguir entre uno y otro, ni resulten de aplicación las reglas de prelación de créditos del propio artículo 176 bis. 2 LC, aunque este precepto trate de distinta forma el crédito salarial y el de la seguridad social resulta irrelevante a la hora de determinar si ambos son prededucibles en atención a que constituyen gastos necesarios derivados de un servicio imprescindible para concluir las operaciones de liquidación. (**STS de 26 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el concurso de acreedores de T. A. de F., S. L., la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia



de masa activa, en un informe de liquidación, por su parte la administración concursal dejó constancia de que se han seguido pagando los salarios correspondientes a los servicios imprescindibles. En el incidente concursal, interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), se pedía que las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a estos salarios que se habían considerado gastos necesarios para concluir la liquidación y, por ello, prededucibles, tuvieran la misma consideración. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander dictó sentencia desestimando la demanda incidental interpuesta por la TGSS, al precisar que, para que unos determinados gastos puedan ser considerados imprescindibles y por ello prededucibles, es necesario que lo solicite expresamente la administración concursal y que lo autorice el tribunal y, en este caso, no constaba que la administración concursal hubiera recabado esta autorización respecto de los salarios de esos trabajadores, además, advertía que la TGSS carecía de legitimación para solicitar esa autorización. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la TGSS, la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**15. Contrato de arrendamiento de industria: repercusión al arrendatario del Impuesto sobre el Valor Añadido.**—La repercusión al arrendatario del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la renta, no se sustenta en las normas que regulan dicho impuesto sino en el contrato de arrendamiento en el que se pactó tal repercusión. Dicho pacto resulta perfectamente válido al no oponerse al artículo 1255 CC, pero su eficacia se limita a las partes contratantes sin alcanzar a la Administración Tributaria puesto que el sujeto pasivo del impuesto viene determinado por las normas fiscales que lo regulan (STS de 21 de enero de 2020). (**STS de 21 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—La parte arrendadora de una industria interpuso demanda contra los herederos del arrendatario solicitando su condena al pago de las rentas adeudadas más las cantidades derivadas del Impuesto sobre el Valor Añadido que, de acuerdo con el contrato, debía abonar el arrendatario a la demandante. Tanto en primera instancia como en apelación los demandados resultaron condenados al pago de las rentas adeudadas más las cantidades derivadas de las cuotas correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido. Una de las condenadas formuló recurso de casación fundamentado en un único motivo en el que alegó infracción del artículo 1555.1.º CC en relación con el artículo 88.2 y 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del renombrado tributo. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—Este pronunciamiento trata la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido que, de acuerdo con la Ley 37/1992, se encuentra sujeta a determinados requisitos previstos en su artículo 88. Por ello, la recurrente alegó infracción del artículo 88.2 y 4 que establecen, respectivamente, que la repercusión del IVA debe

realizarse consignando separadamente la cuota del impuesto, y que el derecho a repercutirlo se perderá si transcurriese más de un año desde su devengo. Frente a tal planteamiento, el Tribunal Supremo resuelve que la repercusión al arrendatario del Impuesto sobre el Valor Añadido no precisa apoyarse en las normas que lo regulan al nacer de lo pactado en el contrato. Así, añade que en el ámbito civil debe prevalecer lo convenido frente a cualquier incidencia de carácter administrativo, con independencia de que frente a la Administración Tributaria el sujeto pasivo del impuesto no pueda variarse mediante un pacto entre particulares (SSTS de 16 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016 y 26 de enero de 2018). (F. S. N.)

**16. Limitación de responsabilidad contractual del arquitecto en relación con el promotor.**—Los artículos 10.2 b) y 17.1 LOE, y la obligación legal que de ellos se deriva, solo impiden la limitación de responsabilidad, cuando de ella se deriva un perjuicio para los terceros adquirentes (art. 1255 CC). Son válidas las cláusulas limitativas de responsabilidad, cuando no perjudican a terceros. En cualquier caso, la LOE no resulta de aplicación a la construcción de una glorieta (como elemento constructivo único), no siendo aplicables, por ello, sus límites de responsabilidad (STS de 1 de junio de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Magin Ruiz de Albornoz SLU (en adelante, «Magin») fue demandada por la Sociedad de Proyectos Temáticos de la Comunidad Valenciana S. A. Unipersonal (en adelante, «Proyectos») por incumplimiento contractual de sus obligaciones derivadas de la Ley de Ordenación de la Edificación, como consecuencia del derrumbe de una obra que le fue adjudicada por un precio de 1.883.619 euros. El contrato versaba sobre una obra pública: la construcción de una glorieta).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por considerar que no se había producido un incumplimiento de las obligaciones de la Magin, como proyectista. Según el Juzgado, esta no habría sido contratada por el director de obra y la falta de definición del proyecto tampoco habría tenido que ver con la caída de la estructura que se produjo, siendo imputable el error a quien dirigía la obra.

La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y declaró el incumplimiento contractual de Magin, condenándola a ejecutar las obras de reparación oportunas, ya que el arquitecto no cumplió adecuadamente las obligaciones contractuales que le vinculaban.

En cuanto al alcance de las consecuencias indemnizatorias derivadas de dicho incumplimiento, la Audiencia no consideró aplicable la cláusula del contrato celebrado entre demandante y demandada, la cual limitaba esta responsabilidad a un máximo de cinco veces el precio pactado en el proyecto. Frente a esta sentencia, y en particular frente a la decisión de no limitar la indemnización, Magin interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

**17. Consumidores y usuarios. Condición de consumidor. Esposa del administrador de la sociedad prestataria.**—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo la garante personal y real de un préstamo mercantil, esposa del administrador de la sociedad prestataria, no ostenta la condición de consumidora, pese a no tener cargo orgánico alguno en la sociedad deudora, por ser titular junto con su esposo del 90 % del capital social de la compañía mercantil prestataria. En estas circunstancias, no puede predicarse respecto de la recurrente la ajenidad a la finalidad empresarial del préstamo que exige el reconocimiento de la condición de consumidora. (**STS de 28 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 17 de junio de 2009 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 400.000 €, entre BBVA S. A., como prestamista, C. S. A., como prestataria, y D. A. —administrador de la mercantil— y L. —esposa del administrador—, como fiadores solidarios e hipotecantes. Con posterioridad, L. presentó una demanda en la que ejercitó una acción individual de nulidad por abusivas de las cláusulas de vencimiento anticipado e interés moratorio del préstamo.

Los AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016 establecieron que la Directiva 93/13/CEE resultaba de aplicación a los garantes de préstamos mercantiles siempre que actuasen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carecieran de vínculos funcionales con la sociedad prestataria. Además, explicitaron que debía entenderse que los garantes carecerían de vínculos funcionales con la sociedad prestataria si no participaban en la gerencia de esta o no tenían una participación significativa en su capital social. Siguiendo este criterio, la Sala Primera del Tribunal Supremo concluyó que la garante recurrente no ostentaba la condición de consumidora de conformidad con el artículo 3 TRLGDCU por tener vínculos funcionales con la sociedad habida cuenta que era cotitular, junto con su esposo, del 90 % del capital social de la mercantil prestataria. (A. A. O.)

**18. Protección de consumidores y usuarios. Contrato de cuenta corriente bancaria y contrato de crédito al consumo: imposibilidad de devengo simultáneo de la comisión por descubierto tácito e intereses de demora.**—El descubierto tácito en cuenta corriente supone una facilidad crediticia concedida por las entidades bancarias al permitir que se atiendan pagos contra tal cuenta por encima de los saldos que presenten. Este servicio bancario constituye una operación de crédito reconocida legalmente por los artículos 4 y 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo*, antes por el artículo 4 de la Orden de 17 de enero de 1981, *sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo* (SSTS de 17 de enero de 1981 y 25 de noviembre de 1989). Por ello, la comisión por descubierto posee una finalidad retributiva del crédito concedido por la entidad bancaria al permitir atender recibos o realizar reintegros por medio de cajero por encima del saldo disponible en cuenta. En cambio, los intereses de demora poseen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente, de acuerdo con los artículos 1101 y 1108 CC (SSTS

de 28 de junio de 1991, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015). Así, las cantidades del descubierto tácito, en tanto suponen la concesión de un nuevo crédito, no pueden devengar intereses de demora durante el periodo temporal en el que estén siendo retribuidas mediante liquidaciones periódicas de comisiones por descubierto. El devengo simultáneo de tales comisiones e intereses de demora supondría sujetar un mismo servicio a un doble gravamen retributivo, lo que resulta proscrito por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, y cobrar por un servicio no prestado en contra del artículo 87.5 TRLGDCU. **(STS de 13 de marzo de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Una consumidora interpuso demanda en contra de una entidad bancaria solicitando la declaración de nulidad por abusiva de dos cláusulas de comisiones bancarias por reclamación de posiciones deudoras y de comisiones por descubiertos, así como la condena a la restitución de las cantidades cobradas en aplicación de tales cláusulas. Opuesta la demandada, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, con la consecuente condena dineraria. Recurrida la sentencia por la demandante, fue confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial al no apreciar haberse producido una duplicidad entre el devengo y cobro de intereses de demora y de la comisión por descubierto por unas mismas cantidades y en unos mismos periodos temporales. La actora interpuso recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero, alega infracción del artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* así como vulneración de doctrina jurisprudencial, esgrimiendo que las comisiones bancarias carecían de justificación al no obedecer a servicios efectivamente prestados o gastos asumidos por la entidad demandada, puesto que son los intereses de demora y no tales comisiones los que resarcan a la entidad bancaria del incumplimiento o mora del deudor. En el otro motivo de casación, relacionado con el anterior, se denunció infracción de los artículos 1274 y 1275 CC al entender que las comisiones bancarias no encuentran justificación en obligaciones recíprocas de las partes, invocando sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como señala la sentencia, el servicio bancario del descubierto tácito puede ser retribuido mediante contraprestación en forma de intereses o de comisión por descubierto. Dichas comisiones son válidas siempre que, además de cumplirse con los correspondientes deberes de información, no superen una tasa anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero (art. 20 LCCC); no se aplique adicionalmente a dicho límite una comisión de apertura en los descubiertos, ni se gire en cada periodo de liquidación más de una vez la comisión por descubierto, aunque se generen varios descubiertos dentro cada uno. La incompatibilidad entre la comisión por descubierto y los intereses de demora resulta únicamente temporal o simultánea, lo que confirma el tenor del artículo 20.3 LCCC

según el cual, para el caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, el prestamista informará al consumidor del importe de los intereses de demora. Por otro lado, también debe distinguirse la comisión por descubierto tácito de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, al retribuir esta un servicio diferente al de la concesión de un nuevo crédito, cual es el coste de las gestiones realizadas por la entidad bancaria para recuperar lo impagado. (F. S. N.)

**19. Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Adherente no consumidor: Solo cabe el control de incorporación.**—En los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación en los que los adherentes no son consumidores no resultan procedentes los controles de transparencia y abusividad, sino únicamente el control de incorporación (STS 241/2013, de 9 de mayo). Esto es, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5. LCGC (*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*) y 7 LCGC (*no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato...*).

**Caracteres del control de incorporación.**—Para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Este criterio no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los artículos 5 y 7 LCGC (STS 314/2018, de 28 de mayo). Lo decisivo es que la cláusula no fue correctamente incorporada al contrato. (STS de 11 de marzo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—El 11 de mayo de 2012, Juan y Teodora, como prestatarios, y Abanca S. A. como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, si bien con una limitación a la variabilidad del tipo de interés (suelo) del 6,50 %.

La finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de una licencia municipal de auto-taxi de Madrid.

Los prestatarios demandaron a Abanca S. A., solicitando que se declarase la nulidad de la cláusula suelo y se condenase a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por su aplicación. Quedó demostrado que el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. El recurso de apelación fue desestimado por la audiencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad

demandada, al confirmar que la cláusula no superaba el control de incorporación. (I. D.–L.)

**20. Compensación por ocupación ilegítima de terrenos propios de una urbanización por la Administración y enriquecimiento injustificado.**—La Sala Primera confirma su doctrina (STS núm. 417/2019, de 15 de julio) según la cual existe enriquecimiento injustificado por parte de la perceptora de la indemnización por la ocupación, cuando la propiedad se había transmitido con anterioridad al pago de la citada compensación, toda vez que aquella no había sido quien realmente sufrió el daño que venía a reparar la indemnización. Dado que los primeros propietarios del inmueble transmitido no pudieron físicamente transmitir la porción por la cual se percibe la indemnización, la Sala Primera estima que la segunda propietaria se enriquece injustificadamente. La razón descansa en que, pese a no haber comprado esa parte de bienes comunes ocupados por la Administración, recibe una indemnización que satisface el valor de la pérdida, una pérdida que no ha podido tener porque no compró la casa con la parte de elementos comunes irregularmente cedidos. (STS de 3 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Desde octubre de 1991, la Comunidad de Madrid había ocupado ilegítimamente parte de los terrenos de la urbanización donde habían residido Salvador y Alfonsa, primero, y donde después residió Noemí. Como consecuencia de esa ocupación ilegítima, Noemí había percibido 22.224,60 euros, como propietaria de uno de los inmuebles comunitarios afectados por dicha ocupación. Salvador y Alfonsa habían vendido a Noemí ese inmueble el 20 de octubre de 1998. En la medida en que ellos habían sufrido la ocupación y que, debido a este hecho, esos terrenos comunitarios no formaron parte de la compraventa, Salvador y Alfonsa reclamaron mediante demanda la indemnización que la Comunidad de Madrid abonó a Noemí.

El Juzgado de Primera instancia estimó íntegramente la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial. Frente a esa sentencia recurrió Noemí en apelación. (A. I. R. A.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**21. Propiedad. Adquisición del adjudicatario no irrevindicable por nulidad del proceso ejecutivo.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que el adjudicatario de un bien inmueble, ejecutado por embargo por incumplimientos del propietario registral pero no real, no queda protegido por el artículo 34 LH frente al propietario extrarregistral, si no adquirió de forma irrevindicable. En concreto, el Tribunal Supremo aclara que adjudicatario no adquiere de forma irrevindicable cuando la notificación del proceso ejecutivo se realizó al propietario registral-deudor por edictos, sin que el órgano judicial desplegara la actividad exigible desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y que le hubiera permitido efectuar una notifi-

cación personal. (STS de 29 de mayo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una mercantil vendió a S. una plaza de garaje en 1997, sin que S. inscribiera su derecho en el Registro de la Propiedad. Producidos ciertos impagos por la mercantil transmitente, se decretó el embargo de la plaza de garaje en ejecución de la sentencia dictada en el proceso monitorio previo. El proceso ejecutivo fue notificado por edictos a la mercantil y la plaza de garaje fue adjudicada a A en 2014. Con todo, S. se personó en el procedimiento de ejecución, impugnó el decreto de adjudicación y promovió incidente de nulidad de actuaciones antes de que se inscribiera la adjudicación en el Registro de la Propiedad, pero sus solicitudes fueron desestimadas, siendo remitida a un declarativo posterior. Así las cosas, S. interpuso una demanda contra el ejecutante, el deudor ejecutado y la adjudicataria, mediante la que solicitaba que se declarara la nulidad de la ejecución con fundamento en la falta de validez de las actuaciones procesales conducentes a la enajenación forzosa del bien embargado al haberle producido indefensión. Asimismo, solicitaba que se declarase su derecho de propiedad sobre la plaza de garaje, que no habría sido adquirida de manera irreivindicable por la adjudicataria dada la ausencia de buena fe. Frente a ello, la adjudicataria alegó que debía ser mantenida en su adquisición por estar protegida por el artículo 34 LH dado que su adquisición era irreivindicable y que su buena fe había de ser presumida.

El Tribunal Supremo aclaró que la mera adquisición por subasta no hace irreivindicable la adquisición del bien por el adjudicatario pues, cuando el bien pertenece a un tercero, el adjudicatario solo queda protegido en su adquisición si se cumplen los requisitos que, con carácter general, establece para las adquisiciones *a non domino* la legislación sustantiva a que se remite el artículo 594.1 LEC, legislación que requiere tanto la validez del acto adquisitivo (art. 33 LH) como la buena fe y la inscripción del adquirente (art. 34 LH). Por lo tanto, debe evaluarse si el acto adquisitivo (proceso ejecutivo) fue válido. En este sentido, el Tribunal Supremo recordó que es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que la notificación al ejecutado por edictos, sin agotar otras modalidades más garantistas, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En el caso concreto, consideró el Tribunal Supremo que habría bastado consultar el Registro Mercantil para conocer los datos necesarios para efectuar la notificación personal al deudor, por lo que debía concluirse que el órgano judicial no desplegó la actividad exigible desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, concluyó que esta anomalía de origen viciaba con nulidad desde la raíz todo el procedimiento seguido, lo que afectaba a las pretensiones de la demandante ya que el deudor, de haber sido notificado personalmente, podría haber alegado y probado que la plaza embargada ya no le pertenecía. Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo declaró que la adjudicataria no adquirió de modo irreivindicable. (A. A. O.)

## DERECHO DE FAMILIA

**22. Circunstancias que permiten limitar temporalmente la atribución de la vivienda familiar en presencia de hijos menores de edad.**—La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores (arts. 14 y 39 CE).

Sin embargo, existen dos supuestos excepcionales que pueden mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 CC. El primero de estos supuestos es el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. El segundo de los supuestos es que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios. (**STS de 2 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Laura interpone demanda de divorcio contra Carlos. La demanda es estimada, atribuyéndose a la hija menor de ambos y a la madre el uso y disfrute de la vivienda familiar.

Carlos recurre la sentencia de primera instancia. El recurso de apelación es estimado, por lo que se limita el uso de la vivienda que fue familiar a seis meses desde que se dicta la sentencia de apelación.

Laura interpone recurso de casación. El recurso es estimado, pues resulta contraria la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la no posibilidad de limitación temporal de la atribución del uso del domicilio familiar a los hijos menores de edad, y ante la ausencia de los dos únicos factores que sí permitirían esta limitación temporal. (*T. R. C.*)

**23. El carácter temporal de la pensión compensatoria del artículo 97 CC.**—Según el artículo 97 CC, la compensación podrá consistir en una pensión (temporal o por tiempo indefinido) o en una prestación única. La cuestión está en determinar los criterios que deben servir de pauta al fin de establecer esa prestación temporal. El establecimiento de un límite temporal para su percepción depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia que obliga a tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, especialmente aquellas comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC. Estos permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, manejando criterios de certidumbre. El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio.



La fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción, lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica: 1) el derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios; 2) la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce con la finalidad de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella.

Es posible la modificación de la medida en un futuro. Cualquiera que sea la duración de la pensión, nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de los artículos 100 y 101 CC, siempre lógicamente que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas (alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores). (**STS de 3 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El Juez de Primera Instancia acordó, a instancia de S, la disolución por divorcio del matrimonio contraído por ella con R. En lo que aquí interesa, se estableció una pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de S a abonar por R, por un importe de 200 euros mensuales y con una duración de 2 años pagadera en 12 mensualidades y en la cuanta que se designe al efecto por la misma.

Dicha sentencia fue objeto de recurso de apelación por S pretendía que se revocase únicamente el pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria, interesando que se le fijase una pensión de 1.000 euros mensuales de forma vitalicia. Por su parte, el demandado impugnó la resolución apelada y solicitó que se declarase no haber lugar a reconocer el derecho a pensión compensatoria a favor de la esposa. La Audiencia Provincial estableció a favor de S una pensión compensatoria de 500 euros mensuales, con una duración de siete años. Según la Audiencia, era difícil que S tuviera posibilidades concretas de desarrollar una actividad laboral, tal como concluyó el Juez de Primera Instancia, no solo por la edad y la falta de cualificación profesional, que se ha dedicado durante 25 años a las tareas del hogar y cuidado de sus hijas, sino también porque tiene reconocido un grado de discapacidad del 40%. Concurren, por tanto, varias de las circunstancias recogidas en el artículo 97 CC para el establecimiento de la pensión compensatoria. Además, resulta evidente que mientras R ha podido progresar profesionalmente, S carece de expectativas laborales.

La actora interpone recurso de casación contra la anterior sentencia, alegando la infracción en la aplicación e interpretación del artículo 97 CC, en relación con la temporalidad de la pensión compensatoria. Entiende la recurrente que el desequilibrio económico puede superar el plazo de 7 años fijado por la Audiencia Provincial. Recuerda que tendrá 60 años cuando termine ese período de 7 años de pensión compensatoria reconocido, siendo previsible, con alta probabilidad y certidumbre, que le va a ser imposible acceder al mercado laboral y que el hecho de alcanzar la edad de jubilación no va a suponer ningún cambio, pues no podrá optar a ningún tipo de

prestación, pues no tiene período cotizado, al haberse dedicado durante 25 años al cuidado de la familia.

El Tribunal Supremo señala que la Audiencia Provincial no hace un juicio prospectivo con certidumbre o con índices de probabilidad, al colegir que en el plazo de 7 años el desequilibrio puede superarse. Basa ese juicio prospectivo para fijar una limitación temporal a la pensión compensatoria en el patrimonio heredado por la recurrente. Sin embargo, no aprecia el Alto Tribunal con certidumbre o índice alto de probabilidad que, en el plazo de 7 años, obtenga la recurrente liquidez de dicho patrimonio hereditario. Así, no tiene sentido fijar ese límite temporal, pues si las actuales condiciones no se hubiesen alterado al llegar esa fecha, la recurrente se vería con grandes dificultades económicas, sobre todo si se tiene en cuenta que el recurrido percibirá una pensión contributiva en su momento, mientras que la recurrente, por no cotizar al dedicarse al hogar e hijos, se va a ver privada de disfrutarla. Por tanto, el Alto Tribunal termina estimando el recurso de casación, concediendo a S esa pensión, pero sin sujetarla a límite temporal alguno.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ha pronunciado en repetidas ocasiones en relación con la pensión compensatoria del artículo 97 CC. En particular, respecto a las siguientes cuestiones: a) la posibilidad de establecer la pensión con carácter temporal con arreglo a las circunstancias (SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008, 29 de septiembre de 2009, 28 de abril, 29 de septiembre y 4 de noviembre de 2010, 14 de febrero, 27 de junio y 5 de septiembre de 2011 y 10 de enero de 2012); b) los factores necesarios para determinar la pensión compensatoria (SSTS de 19 de enero y 4 de noviembre de 2010, 14 de febrero y 27 de junio de 2011 y 23 de octubre de 2012); c) la necesidad de que exista certidumbre o potencialidad real para superar el desequilibrio económico a la hora de establecer una pensión temporal (SSTS de 10 de febrero de 2005, 2 de junio de 2015 y 11 de diciembre de 2018); d) el impacto de la liquidación del régimen económico matrimonial en la determinación de la pensión compensatoria (SSTS de 19 de enero de 2010, 24 de noviembre de 2011, 16 de mayo de 2016 y 2 de octubre de 2017); e) la posibilidad de modificar la pensión compensatoria en el futuro si cambian las circunstancias (SSTS de 3 de octubre de 2008, 27 de junio de 2011, 23 de octubre de 2012 y 2 de junio de 2015). (S. L. M.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**24. Legado de cosa cierta. Ineficacia. Cosa Juzgada. Impugnación de acuerdos sociales.**—Según el artículo 882.1 CC, la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa *recta via* del causante al legatario, esto es, sin mediación del heredero. Con todo, por una sentencia firme dimanante de un proceso anterior, el legatario demandante se ha visto privado del legado de las acciones de la sociedad y este ha dejado de existir. En efecto, tanto el juzgado de primera instan-

cia como la audiencia entendieron que el tutor, antes del fallecimiento del causante, había tergiversado con fraude la voluntad del testador, al vaciar la herencia para incorporar la mayoría de los bienes y derechos a la sociedad Comercial Vascongada Recalde (37 millones de euros), cuyas acciones al portador había dejado el causante a los dos legatarios demandantes (hermano y padre del tutor), de tal forma que el legado que se solicitaba no coincidía con el que dispuso el testador en su testamento. El Tribunal Supremo, en la STS de 19 de julio de 2018, confirmó la privación de los legatarios demandantes del derecho al legado sobre las acciones de la sociedad. Bajo el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo que genera la STS de 19 de julio de 2018, que priva al legatario demandante de su derecho al legado, ya no estamos ante un supuesto de legado sobre cosa específica y determinada. La ineficacia de los legados comporta que el demandante/impugnante no tuviera derecho de asistencia a la junta general, ni a la impugnación de los acuerdos sociales. Consiguientemente, los herederos y el albacea, al suceder al causante tras su fallecimiento, estaban facultados para hacer uso de los derechos políticos que conferían las acciones al portador de la sociedad Comercial Vascongada Recalde y acordar en una junta universal los acuerdos objeto de impugnación en el presente procedimiento. (STS de 28 de mayo de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Comercial Vascongada Recalde S. A. U. es una sociedad por acciones al portador, fundada en 1956 por Luis Ángel, quien hasta el momento de su muerte tenía la totalidad del capital. Luis Ángel falleció el día 8 de marzo de 2009, soltero y sin descendencia. El 3 de abril de 2006 había otorgado testamento, en el que legaba a su hermano Isidro y su sobrino Ildefonso, por iguales partes, sus acciones de la compañía Comercial Vascongada Recalde. También instituía herederos universales a Abelardo y al Convento de Madres Clarisas de Lerma. En el momento de otorgarse el testamento, el capital social de Comercial Vascongada Recalde era de 60.101,21 euros, dividido en 2.000 acciones de 30,05 euros cada una de ellas. Con posterioridad al otorgamiento del testamento, por sentencia de 21 de septiembre de 2007, Luis Ángel fue incapacitado. Se nombró tutor a su sobrino Ángel, quien más adelante deventraba en legatario por la muerte de su padre Isidro. El tutor, ejercitando los derechos políticos de las acciones que el tutelado tenía en la sociedad Comercial Vascongada Recalde, celebró dos juntas de accionistas: en la primera, de 14 de noviembre de 2007, cesó a Luis Ángel como administrador y se nombró a sí mismo (el tutor) administrador; en la segunda, celebrada el 28 de diciembre de 2007, aprobó un ampliación de capital social por importe de 37.525.813 euros, con emisión de nuevas acciones al portador que fueron íntegramente suscritas por el socio único. Con ello, se incorporaba al legado el resto del patrimonio del incapacitado y, de facto, se dejaba sin contenido la institución de heredero. Fallecido Luis Ángel el 8 de marzo de 2009, sus herederos celebraron una junta de accionistas el 3 de junio de 2009, en la que, por una parte, cesaron a Ángel como administrador de la sociedad y nombraron para el cargo a Lucio, y, por otra, acordaron dejar sin efecto los acuerdos

adoptados en la junta universal celebrada por los legatarios el 22 de mayo de 2009.

Uno de los legatarios, Ildefonso, impugnó los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 21 de julio de 2009, y solicitó la nulidad de tales acuerdos. La impugnación se fundaba en la existencia de defectos de constitución de la junta, porque no fueron convocados los legatarios, razón por la cual la junta universal no se constituyó válidamente, pues, conforme a los artículos 882 y ss. CC, eran los legatarios quienes tenían la consideración de socios, en cuanto que habían adquirido la propiedad de la cosa objeto del legado desde el fallecimiento del testador.

El juzgado de lo mercantil estimó la demanda, pues consideró que los legatarios habían adquirido la propiedad de las acciones desde el fallecimiento del testador, por lo que los acuerdos adoptados en una junta general posterior, celebrada sin su asistencia y voto, son nulos. La sentencia de apelación desestimó el recurso de la sociedad demandada. Consideró, resumidamente, que el legado era de cosa específica y determinada, por lo que las acciones no formaban parte del caudal hereditario sobre el que habían de versar las operaciones particionales. Por ello, conforme al artículo 48 TRLSA, la condición de socio y los derechos reconocidos en la Ley y en los estatutos al titular legítimo de las acciones correspondía a los legatarios, por lo que confirmó que los acuerdos adoptados en la junta de 21 de julio de 2009 eran nulos. La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida en casación por Comercial Vascongada Recalde. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**25. El legado de cosa cierta.**—Para que exista un legado de cosa específica es indispensable la presencia de un objeto cierto, es decir, plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna, sobre el que pueda reclamarse su posesión por el legatario. De acuerdo con el artículo 882 CC, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquel muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando este se halle autorizado para darla, pues no puede ocuparla por sí (art. 885 CC). Esto implica que, en caso de existir varios legatarios de un mismo bien, se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los artículos 392 CC. La entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado y una circunstancia necesaria para que el legatario pueda disfrutar por sí mismo de la cosa legada. Por tanto, la adquisición por el legatario no resulta efectiva de forma inmediata, sino de forma mediata, otorgando al legatario una acción personal *ex testamento* para pedir la entrega del legado frente al heredero, e incluso una acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga la cosa legada en su poder.

Distintos son los legados de parte alícuota, que constituyen una figura intermedia o *sui generis* entre el legado y la herencia propiamente dichos. La nota común es que, a la muerte del causante, el legatario y el heredero adquieren un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes. Además, a ambos

les afecta por la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición. Frente a ese derecho abstracto del legatario de parte alícuota, el del legatario de cosa específica y determinada es un derecho concreto, de forma que, a la muerte del causante, lo que adquiere el legatario no es simplemente el derecho al legado (art. 881 CC), entendido como un mero derecho de crédito frente al heredero, sino directamente la propiedad de la cosa legada (art. 882. I CC). Esto genera dos consecuencias: 1) hace suyos los frutos y rentas pendientes al tiempo del fallecimiento del causante; 2) los riesgos de pérdida y deterioro los sufre el legatario, de la misma manera que también se aprovecha de su aumento o mejora (art. 882. II CC).

**Subordinación de los legados al previo pago de las deudas del causante y al principio de intangibilidad de las legítimas.**—El conjunto de la masa hereditaria se encuentra afecto, durante la pendencia de la aceptación y división de la herencia: 1) al principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 CC, respecto de las deudas del causante; 2) a la limitación que a la libertad de testar impone el régimen legal de las legítimas en el Derecho civil común español (arts. 817 a 820 CC). Esto hace que el derecho de los legatarios esté subordinado al previo pago de las deudas del causante y de la porción legitimaria que corresponda a cada uno de los herederos forzosos. Y como medida de garantía, es preciso que previamente al pago o entrega de los legados se realicen las correspondientes operaciones de inventario y liquidación de deudas y, en su caso, partición de la herencia (incluyendo, además del inventario, el avalúo de los bienes y derechos, la colación, imputación, abono recíproco de las rentas y frutos que cada uno de los coherederos haya percibido de los bienes hereditarios y, en su caso, la división y adjudicación de bienes). Así, la transmisión de la propiedad de la cosa específica y determinada del testador objeto del legado está subordinada a que el legado quepa en la parte de bienes de los que el testador puede libremente disponer.

**La previa liquidación de la sociedad de gananciales para fijar la masa hereditaria.**—Disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges, o sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino que la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo. Únicamente cuando concluyan las operaciones encaminadas a su liquidación, aquella cuota sobre la masa patrimonial será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los excónyuges o sus herederos se adjudique en la liquidación. Por tanto, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales (incluidas las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos), pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible.

Además, el artículo 1380 CC admite el legado de un bien ganancial en su integridad, por lo que no hay razón para impedir ni el legado de una cuota ni tampoco el legado de los derechos que le correspondan al testador sobre un bien ganancial. Sin embargo, la eficacia de estos legados dependerá de lo que resulte al liquidar la sociedad de gananciales. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el legado de los derechos que correspondan al testador sobre un bien ganancial, se limita a la mitad indivisa del bien, si esa parte es adjudicada al causante en copropiedad con el otro cónyuge o sus herederos o al valor de la mitad del bien en el caso de que sea adjudicado íntegramente al otro cónyuge.

**Legítima del cónyuge viudo.**—El Alto Tribunal ha negado que el cónyuge viudo deba responder por las deudas hereditarias, a pesar de tener la cualidad de heredero a los efectos de reconocerle el derecho de intervenir en las operaciones particionales o a los de negarle la posibilidad de ser contador-partidor. El propio artículo 807.3 CC declara que el viudo o viuda es heredero forzoso solo en la forma y medida que establece el CC, es decir, de una forma limitada y no absoluta. A pesar de ello, el viudo o viuda es legitimario, siendo la ley la que le atribuye directamente la legítima (sucesor *ex lege*) y se le concede un derecho a promover el juicio de división de la herencia (art. 782.1 LEC). **(STS de 26 de mayo de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

**HECHOS.**—El 19 de diciembre de 2014 falleció E, casado en segundas nupcias con EA, bajo el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, y dejando dos hijas de un anterior matrimonio, las aquí demandadas P y J. En su testamento, otorgado el 13 de mayo de 2013, había establecido una serie de disposiciones. Entre ellas, un legado a favor de su esposa (EA) y de los hijos que tuvo con dicha esposa (D y C), consistente en unas plazas de garaje y la entrega de dinero. Los legatarios reclamaron de las citadas hijas y herederas universales, P y J, el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de entrega de las plazas de garaje y la entrega del dinero objeto de los respectivos legales. El requerimiento fue contestado por las requeridas, alegando la necesidad de proceder, con carácter previo a dicha entrega, a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la partición de la herencia, así como a la rendición de cuentas, por parte de la viuda y legataria, respecto de otros bienes de la herencia que no guardaban relación con los legados, en cuanto a los frutos y rentas percibidos tras el fallecimiento del causante. Los legatarios interpusieron demanda contra las herederas en la que interesaban que se dictara sentencia por la que se las condenara a entregar los legados.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que: 1) a la entrega de los legados debe preceder la liquidación y partición de la herencia, por ser esta la única forma para determinar si los legados ordenados se encuentran dentro de la cuota de la que puede disponer el testador; 2) la petición de entrega del legado exige que se haya formado inventario y haya transcurrido el tiempo para deliberar, pues hasta que no se liquide la herencia y se sepa si hay bienes suficientes para aplicar al pago de los legados, no se puede asegurar que no sea necesaria la reducción de los mismos.

Los demandantes recurren la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso, al considerar que: a) antes de la entrega del legado es preciso proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales para fijar el caudal hereditario, y proceder al inventario, liquidación y partición de la herencia, para poder determinar que los legados no excedan de la parte de que puede disponer libremente el testador; b) no son atendibles los argumentos de los demandantes relativos a que la entrega de los legados queda al libre arbitrio de las herederas obligadas, pues la viuda EA, además de

legataria, tiene el carácter de heredera forzosa y, por tanto, acción para pedir la división judicial de la herencia.

Los demandantes recurren en casación, alegando: 1) la infracción del artículo 1025 CC, que solo es de aplicación cuando el heredero ha aceptado la herencia a beneficio de inventario o ha pedido la formación de inventario judicial o notarial antes de aceptar para deliberar sobre ese punto, y no a toda sucesión, algo que aquí no ocurre; 2) la infracción del artículo 885 CC, que obliga al heredero a entregar al legatario de cosa cierta y determinada el bien objeto de legado y otorga a esta acción para reclamarlo. El Tribunal Supremo desestima el recurso, llegando a la misma conclusión que las sentencias de las instancias inferiores.

NOTA.—Sobre los legados de cosa específica, *vid.* las SSTs de 3 y 4 de junio de 2019. En relación con la obligación del legatario de pedir la entrega de la cosa legada al heredero o albacea, *vid.* las SSTs de 21 de abril de 2003, 25 de mayo de 1992, 29 de mayo de 1963, 3 de junio de 1947 y 19 de mayo de 1947. En cuanto a la necesidad de que el legado de cosa específica y cierta quepa en la parte de bienes de que el testador puede disponer libremente, *vid.* la STS de 6 de noviembre de 1934. Respecto a los legados de parte alícuota, *vid.* las SSTs de 25 de junio de 2008 y 16 de octubre de 1940. Y sobre las diferencias de la posición del cónyuge viudo con respecto a la del sucesor universal genuino, *vid.* la STS de 11 de enero de 1950. (S. L. M.)

**26. Naturaleza de las subvenciones agrícolas (PAC).**—Conforme al artículo 355 CC, las subvenciones agrícolas (PAC) encajan en el concepto de «frutos», y en particular dentro del concepto de «frutos industriales», en cuanto con ellos se corresponde el beneficio económico o utilidad que, como rendimiento patrimonial, genera la explotación. La normativa de la política agraria comunitaria no asigna los «derechos de pago único», dimanantes de las subvenciones, a las fincas, sino a los agricultores que las explotan en virtud de algún título civil que les habilite para ello. En el presente caso el título que permitió disfrutar a Antonia de los reiterados «derechos de pago único» fue el derecho de usufructo sobre las 61,05 hectáreas de fincas rústicas procedentes de la herencia de su marido, que generaron correlativamente los 61,05 derechos de pago único litigiosos (art. 471 CC). Usufructo que se extinguió por el fallecimiento de la citada usufructuaria, conforme al artículo 513.1.º CC, correspondiendo los derechos devengados a partir de dicha fecha a los nudo propietarios (arts. 474 y 475 CC), que en virtud de aquella extinción consolidaron el pleno dominio de las fincas y con ello el pleno derecho a su disfrute (art. 522 CC). (**STS de 4 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Antonia adquirió a título de herencia el derecho de usufructo sobre una pluralidad de fincas rústicas que formaban parte del caudal relicto de su cónyuge, Edemiro, fallecido en 2003. El citado causante, en su condición de titular de la explotación agraria de las citadas fincas rústicas, tenía reconocido la condición de beneficiario de derechos de ayuda a la renta agrícola de la política agrícola común (PAC). Tras el fallecimiento de Edemiro, las

citadas ayudas públicas se transformaron, en virtud de la entrada en vigor del Real Decreto 1617/2005, de 30 de diciembre, en «derechos de pago único» que la Consejería correspondiente reconoció formalmente a la viuda de Edemiro, como usufructuaria de las fincas relictas, y que esta percibió hasta su fallecimiento el día 9 de enero de 2009. A partir de esta fecha tales derechos fueron percibidos por los demandados en su condición de herederos de Antonia.

Ricardo y Rodrigo, como causahabientes de Edemiro, interpusieron demanda contra los herederos de la citada usufructuaria, en la que interesaban la condena de los demandados a devolver la plena propiedad de los 61,05 «derechos de pago único» y a pagar a los actores las cantidades que la Conserjería de Agricultura hubiera abonado a los demandados a partir de 9 de enero de 2009. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, en cuanto a la condena a la devolución a los actores de los 61,05 «derechos de pago único», por considerar que estos derechos tienen el carácter de frutos civiles de las fincas usufructuadas, no de derechos autónomos, y como tales debieron dejar de devengarse a favor de la usufructuaria desde su fallecimiento, correspondiendo desde entonces a los herederos nudo propietarios. La sentencia desestima la demanda también en parte, en cuanto a la solicitud de la devolución de las cantidades percibidas por los demandados desde el fallecimiento de la usufructuaria, por considerar extemporánea dicha petición, ya que desde el fallecimiento de la usufructuaria «los derechos figuraban a nombre de los demandados por lo que para generar el derecho a percibir el pago único que se reclama hubiera sido necesario ostentar la titularidad de los derechos cosa que no se hizo en tiempo oportuno». Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación al considerar que también debió estimarse la demanda en cuanto a la reclamación del abono de las cantidades percibidas por los herederos de la viuda usufructuaria desde su fallecimiento, al estimar los «derechos de pago único» como frutos de la explotación de las parcelas propiedad del causante de los demandantes, que una vez consolidado el pleno dominio por la extinción del usufructo pertenecen al propietario por aplicación del artículo 472. 2.º CC. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial por los demandados, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

## DERECHO MERCANTIL

**27. Uso efectivo de una marca denominativa en una forma distinta a aquella en la que está registrada (y caducidad).**—La Sala Primera declara que existe un uso acreditado, real y efectivo (art. 39 Ley 12/2001, de marcas) de una marca denominativa, cuando esta aparece en una etiqueta o directamente en el envase de los productos para los cuales está registrada junto con otros signos distintivos, los cuales no están propiamente registrados como marca denominativa; ello siempre que tales signos distintivos no registrados permitan al consumidor medio identificar el producto con la marca, como



indicativa del origen empresarial del producto (**STS de 28 de mayo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sociedad T obtuvo en el año 2000 la concesión de la marca denominativa núm. 2.236.221 «La Estrella del Rock» para los siguientes productos de la clase 32 del nomenclátor internacional: cervezas; aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para hacer bebidas. Mediante esa marca, T identificó y publicitó bebidas energéticas (las cuales se identifican gráficamente en la sentencia del Tribunal Supremo). La sociedad Rockstar Inc. Solicitó la caducidad de dicha marca por falta de uso y, subsidiariamente, la caducidad parcial.

El Juzgado de Primera Instancia entendió acreditado que la marca había sido usada solo para bebidas energéticas, razón por la cual declaró la caducidad parcial de esta marca respecto del resto de los productos para los que estaba inicialmente concedida.

Rockstar recurrió esta sentencia, solicitando la caducidad total de la marca. La Audiencia Provincial desestimó este recurso, por entender acreditado su uso para bebidas energéticas, así como en publicidad en la televisión canaria y en furgonetas durante el carnaval.

La sentencia fue recurrida por Rockstar únicamente en casación. (A. I. R. A.)

**28. Contrato de transporte continuado e indefinido. Concepto y naturaleza.**—El contrato de transporte continuado e indefinido, de naturaleza sinalagmática, en los términos del artículo 8 Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (LCTTM), es aquel en que el transportista o porteador se obliga frente al cargador a realizar una serie o pluralidad de prestaciones de transporte a cambio de un precio.

**Contrato de transporte continuado e indefinido. Régimen del incumplimiento.**—Aunque el contrato de transporte continuado, como relación de tracto sucesivo, difiere del contrato de transporte puntual, por tratarse este último de un contrato de obra, a efectos de incumplimiento se le aplican las normas específicas del régimen jurídico del contrato de transporte sobre responsabilidad contractual del porteador (art. 6.1 LCTTM) y las generales sobre incumplimiento contractual del Código civil (art. 1124 CC).

**Contrato de transporte continuado e indefinido. Preaviso de extinción y analogía con el contrato de agencia.**—El artículo 43.2 LCTTM permite la extinción de los contratos de transporte continuado indefinidos mediante la denuncia hecha de buena fe por cualquiera de las partes, que se notificará a la otra por escrito, o por cualquier otro medio que permita acreditar la constancia de su recepción, con un plazo de antelación razonable, que en ningún caso podrá ser inferior a treinta días naturales. No obstante, no contiene ninguna previsión sobre la posible indemnización que corresponda por falta del indicado preaviso. Ante lo cual, debemos tener en cuenta que los contratos de transporte continuado son de naturaleza colaborativa, de confianza y duraderos. Estas características, y otras como la independencia del transportista, su actuación en nombre y por cuenta ajena, la continuidad y estabilidad de la relación y la retribución de la prestación, lo asemejan al

contrato de agencia, puesto que, en el transporte continuado el transportista es un empresario autónomo que realiza el transporte en nombre y por cuenta del cargador, siguiendo sus instrucciones y transmitiendo la información relevante a su principal, lo que presenta claras similitudes con la definición de agencia contenida en el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (en adelante, LCA). En consecuencia, en casos de resolución unilateral injustificada y sin preaviso, ante la falta de regulación expresa en el artículo 43.2 LCTTM sobre los daños y perjuicios causados por la falta de preaviso, cabe aplicar análogicamente lo previsto en el artículo 25 LCA.

**Contrato de transporte continuado e indefinido. Preaviso de extinción y justa causa.**—El preaviso por la resolución *ad nutum* del contrato de transporte continuado comporta la exigencia de que no exista justa causa en la decisión, porque cuando existe tal justificación se trata de un supuesto de resolución unilateral de la relación obligatoria por incumplimiento contractual de la contraparte, que no requiere plazo de preaviso alguno.

**Contrato de transporte continuado e indefinido. Ausencia de preaviso: infracción de deberes.**—La falta de preaviso, que permitiera al transportista reorientar su actividad comercial, supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión.

**Contrato de transporte continuado e indefinido. Ausencia de preaviso: alcance de los perjuicios.**—Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el artículo 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia para este tipo de contratos.

**Contrato de transporte continuado e indefinido. Cálculo del lucro cesante.**—En relación con el lucro cesante, esto es, con la determinación o cálculo de la ganancia que haya dejado de obtener el agente, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el agente esperaba obtener y que se han visto frustrados por la resolución unilateral del empresario, sin el debido preaviso, esta sala ha considerado que acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría continuado el contrato de agencia, puede ser una manera razonable y correcta, aunque no la única, de calcular estimativamente el beneficio dejado de obtener con el incumplimiento del deber de preaviso, conforme a la doctrina jurisprudencial

**Contrato de agencia. Ausencia de preaviso.**—La jurisprudencia, en relación con dicha circunstancia en el contrato de agencia, afirma que la mera ausencia de preaviso, en sí misma considerada, no comporta la concesión automática de la indemnización prevista en el artículo 29 LCA. No obstante, el preaviso es una exigencia derivada del principio de buena fe contractual con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Aunque el preaviso no es un requisito de validez para la resolución de los contratos de duración indefinida, un ejercicio de la facultad resolutoria sorpresivo o inopinado, sin margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo del derecho, o constitutivo de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que, si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios.

**Contrato de distribución. Indemnización por clientela.**—La jurisprudencia ha optado por el margen neto, en atención a que en un contrato de distribución no existen remuneraciones como las que percibe el agente, sino márgenes comerciales, así, en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado artículo 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor. Esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público, cuyo importe tendrá el carácter de máximo. (STS de 25 de mayo de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La representación procesal de F., presentó demanda contra la mercantil E. T. F., SA como consecuencia de la resolución unilateral de contrato de arrendamiento de servicios, solicitó que se le indemnizara con cierta cantidad de dinero, ya que el actor de forma regular y como trabajador autónomo, prestaba servicios de transporte en exclusiva para la compañía demandada durante más de 11 años, cuando se le se le comunicó verbalmente que desde ese momento no le iban a encargar más transportes y daban por finalizada su relación comercial. La parte demanda se opuso a la demanda y solicitó su desestimación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona desestimó la demanda, porque consideró que la resolución unilateral respondía a justa causa y no correspondía indemnización alguna. La parte actora interpuso recurso de apelación que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, por los siguientes y resumidos motivos: la relación jurídica entre las partes era de contrato de transporte continuado (art. 8 de la Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, LCTTM); el comitente incumplió el plazo de preaviso establecido en el artículo 43.2 LCTTM; la resolución unilateral del contrato no estuvo justificada; corresponde una indemnización equivalente a la media de cuatro meses de facturación durante el último año completo de duración del contrato; como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda, condenando a la demandada a indemnizar al actor. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**29. Contrato de franquicia. Resolución por incumplimiento recíproco y liquidación. Efectos retroactivos y limitaciones respecto a las obligaciones de tracto sucesivo. El *know how* del franquiciador como prestación de tracto único.**—En criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo la doctrina jurisprudencial sobre la limitación de los efectos restitutorios *ex tunc* de la resolución de los contratos de tracto sucesivo no resulta de aplicación a la contraprestación abonada por la transmisión del *know how* (canon de entrada en la franquicia). En consecuencia, resuelto el contrato por incumplimientos recíprocos, la franquiciadora debe restituir a la franquiciada el importe del canon de otorgamiento de la franquicia en la parte correspondiente a la proporción entre la duración efectiva del contrato, hasta su resolu-

ción, y la total duración inicialmente prevista en su clausulado. (**STS de 4 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 4 de octubre de 2014, D. S. L., como franquiciada, suscribió con G. S. L. U., como franquiciador, un contrato privado para la explotación en régimen de franquicia de un centro de «Electro-Body-Center». Como consecuencia de la firma de dicho contrato, la franquiciadora permitía a la franquiciada hacer uso de todos los servicios, máquinas y mobiliario que se ponía a su disposición durante toda la duración del contrato (siete años). Como contrapartida, la franquiciada debía satisfacer dos obligaciones pecuniarias: (i) la retribución por el otorgamiento de la franquicia (canon de pago único), de 29.700 euros más IVA; y (ii) los pagos de los royalties (cánones de pago mensual). Dieciséis meses después, la franquiciada interpuso demanda contra la franquiciadora por incumplimiento de sus obligaciones asistenciales, en la que interesaba declaración de resolución del contrato. La franquiciadora contestó a la demanda oponiéndose a la misma, y formuló demanda reconvenzional en la que solicitaba, de forma resumida, que se le indemnizara el importe invertido –156.785,47 euros– ante los incumplimientos de la franquiciada. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y, por lo que afecta al recurso de casación, condenó a la demandada a restituir la cantidad de 29.091,86 euros (la parte del canon de entrada en la franquicia proporcional al tiempo restante de duración del contrato inicialmente previsto en la fecha de la resolución –68 meses–), pronunciamiento mantenido en segunda instancia. Frente a ello, la franquiciadora interpuso recurso de casación impugnando la condena a la devolución de parte del precio de entrada por vulnerar la regla de la no retroactividad de los efectos resolutorios del contrato cuando este se refiriera a obligaciones duraderas que, total o parcialmente, se encontrasen ya consumadas.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo recordó que la resolución del contrato produce el efecto restitutorio que, como regla, tiene efectos retroactivos. Sin embargo, esta regla no puede ser mantenida con carácter absoluto. En concreto, no resulta de aplicación a los contratos de tracto continuo, en relación con las prestaciones que hubieran sido satisfechas íntegramente por las partes en el pasado, ya que las prestaciones ya ejecutadas son indestructibles. En consecuencia, resulta decisivo determinar qué se entiende por contratos de tracto sucesivo y si las prestaciones retribuidas por el canon de entrada en la franquicia pueden considerarse como agotadas e irreversibles, así como autónomas respecto de las restantes prestaciones del contrato.

A juicio del Tribunal Supremo, los acuerdos de franquicia pueden calificarse como contratos de tracto sucesivo, pero no en un sentido puro o estricto, sino como una modalidad mixta o híbrida, pues combinan la existencia de prestaciones continuadas en el tiempo con otras prestaciones de carácter sucesivo, así como con prestaciones que deben ejecutarse al comienzo de la vida del contrato. Por tanto, cabe apreciar una correlación entre, por una parte, la retribución a través de los royalties de las prestaciones continuadas y sucesivas; y, por otra parte, la retribución consistente en el

pago del canon inicial y la prestación consistente en la «entrada en la franquicia» (inicial autorización del uso de la marca; la dotación de aquellos bienes materiales e inmateriales; y, especialmente, la transferencia de conocimiento y experiencia –*know how*–).

Pues bien, el Tribunal Supremo aclaró que la transferencia del *know how* constituye un presupuesto necesario para posibilitar el ejercicio de las facultades de explotación comercial del franquiciado, y en tal sentido, aunque se trata de una prestación diferente y previa, no es autónoma sino interdependiente del resto de prestaciones del franquiciador. En consecuencia, no concurren los requisitos para aplicar la doctrina jurisprudencial sobre la limitación de los efectos restitutorios *ex tunc* propia de la resolución de los contratos de tracto sucesivo. Así pues, la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró procedente la restitución del importe del canon de otorgamiento de la franquicia en la parte correspondiente a la proporción entre la duración efectiva del contrato, hasta su resolución, y la total duración inicialmente prevista su clausulado. (A. A. O.)

**30. Derecho marítimo. Dotación del buque: concepto.**—El conjunto de individuos embarcados desde capitán a paje, o que la condición de tripulante se adquiere mediante el contrato de embarque que le ligue al buque.

**Contrato de Seguro Marítimo. Autonomía de la voluntad y regulación preferente.**—Son de preferente aplicación las peculiaridades normativas del seguro marítimo contempladas en el Código de Comercio (CCO), que no son incompatibles con la vigencia en su ámbito del principio de la libre autonomía de la voluntad, de la que es manifestación el artículo 738 CCO, cuando dispone que la póliza del contrato de seguro contendrá, además de las condiciones que libremente consignen los interesados, las reseñadas en tal precepto; razones por las cuales, dentro de los límites de los artículos 1255 CC y 50 CCO, adquiere especial importancia, en la reglamentación de las relaciones contractuales derivadas del seguro marítimo, la llamada *lex privata* (ley privada) como expresión de la potencialidad normativa creadora de las partes a los efectos de conciliar sus recíprocos intereses.

**Contrato de Seguro Marítimo. Regulación supletoria.**—La jurisprudencia considera que la Ley 50/1980 es aplicable supletoriamente al seguro marítimo, en defecto de las normas del Código de Comercio sobre dicho contrato, las cuales siguen vigentes y vinculantes para los órganos jurisdiccionales y operadores jurídicos en la disciplina de tales relaciones contractuales.

**Contrato de Seguro Marítimo. Cláusulas contractuales.**—La naturaleza limitativa de las cláusulas contractuales y la necesidad de su suscripción por escrito ha sido reiterada por la jurisprudencia, que ha excluido la aplicación de la regla imperativa del artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, en el seguro marítimo, dada la vigencia, en su ámbito, del principio de la libertad de pacto y su efecto sobre las normas dispositivas, la expresa regulación de la forma del contrato en el artículo 737 CCO, así como por la condición de empresarios que tienen las dos partes contratantes. Ahora bien, como no puede ser de otra forma, ello no quiere decir que la alegación del tomador sobre el desconocimiento de una cláusula determinada no deba provocar un juicio sobre la incorporación de la misma a la reglamentación realmente consentida, de conformidad con las reglas generales.

**Contrato de Seguro Marítimo. Supuesto de irresponsabilidad de la aseguradora por falta de documentos.**—La jurisprudencia considera que el artículo 756 CCO recoge supuestos de irresponsabilidad de la aseguradora por causas determinadas, aunque no se hayan excluido de la póliza, y entre ellas, el número séptimo se refiere a la falta de documentos prescritos en el Código, en las Ordenanzas y Reglamentos de Marina u omisiones de otra clase del capitán, en contravención de las Disposiciones Administrativas, a no ser que se haya tomado a cargo del asegurador la baratería del patrón, pero tal texto ha de conectarse con el párrafo primero del artículo 756, según el cual *no responderán los aseguradores de los daños y perjuicios que sobrevengan a las causas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes.*

**Contrato de Seguro Marítimo. Necesidad de nexo de causalidad.**—La jurisprudencia de modo reiterado que la preposición «por», y la palabra «causa» de la regulación legal, obliga a concluir que, entre la falta de documentos y el siniestro, haya necesariamente relación de causa a efecto. (**STS de 10 de marzo de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil P. C., S. L., interpuso demanda contra la aseguradora A. S. G., S. A., en la que solicitaba declárase que la demandada debe abonar, a la demandante cierta cantidad líquida, vencida y exigible, así como los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, en base a que el buque palangrero se hundió por causas desconocidas mientras realizaba una campaña de pesca, en aguas internacionales. El siniestro se encontraba cubierto por dos pólizas concertadas con la demandada, dándose la circunstancia de que el seguro de cascos se había visto novado un año después de su suscripción aumentándose el valor del buque asegurado. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando fuera desestimada. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra desestimó la demanda absolviendo a la demandada de los pedimentos de la actora, bajo el argumento esencial del incumplimiento de las condiciones de navegabilidad del buque, como causa de exclusión de responsabilidad del asegurador, según lo previsto en las condiciones generales, que la sentencia califica como causas de delimitación del riesgo, excluyentes de la exigencia de incorporación del artículo 3 LCS, apreciando las tres deficiencias que denunciaba la demandada, invocando como elemento de prueba esencial un expediente sancionador incoado por la autoridad marítima: la caducidad del despacho; la titulación inadecuada de la tripulación; el incumplimiento de las condiciones mínimas de seguridad de la tripulación. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia desestimando el recurso, aunque por argumentos no exactamente coincidentes con los de instancia. En sus razonamientos, el tribunal provincial ratificó el criterio del Juzgado, en el sentido de que no constaba que el hundimiento del buque hubiera sido causado dolosa o voluntariamente por el asegurado, igualmente, consideró que no se había acreditado que las condiciones generales de sendos contratos de seguro, uno de grandes riesgos y otro de transporte de mercancías, aportadas por la demandada con su con-

testación, en las que se basó además la sentencia del Juzgado, que excluía el aseguramiento si el buque careciera de las condiciones de navegabilidad, hubieran sido entregadas a la entidad demandante y que, por lo tanto, fueran conocidas al tiempo de contratar, además, consideró que cualquier irregularidad de las normas administrativas referidas a la navegación no tiene necesariamente que afectar al seguro, reconociendo que el buque había sido despachado correctamente por las autoridades portuarias y que no se encuentran argumentos para sostener la falsedad del documento aportado que así lo acreditaba, sin perjuicio de que tal circunstancia no impide la prueba de que efectivamente se incumplieron las correspondientes exigencias de navegabilidad en el momento del siniestro. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

## **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](mailto: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](mailto: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.

