

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXV, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2022



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
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

Coordinador

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

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 Titular de Derecho civil.
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
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: Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.

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 LXXV, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2022

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



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

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2022

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

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

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

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

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Juan DAMIÁN MORENO: «La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal»	399
Antonio J. VELA SÁNCHEZ: «La fijación de la donación como no colacionable y la cláusula testamentaria del pago de legítima en vida del causante: dos declaraciones de parte que el notariado, en lo posible, debería evitar»	423
Mauricio TRONCOSO REIGADA: «Similitudes y diferencias entre el régimen general del <i>falsus procurator</i> en Derecho francés y el régimen de los artículos 1843 <i>Code civil</i> y L.210-6 <i>al. 2 Code de commerce</i> . La visión de un jurista extranjero»	475
Cristina ARGELICH COMELLES: «Gobernanza de las plataformas en línea ante la DSA y las Propuestas de Reglamento de Mercados Digitales e Inteligencia Artificial (DMA y AIA)»	501
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta Otero Crespo y Julia Ammerman Yebra	531
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO.	
LOHSSE, Sebastian/SCHULZE, Reiner/STAUDENMAYER, Dirck (eds.): «Data as counter-performance - Contract Law 2.0?», por M.ª Carmen Plana Arnaldos	577
VERDERA SERVER, Rafael: «Aspectos registrales de las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias», por Bruno Rodríguez-Rosado	583
REVISTAS EXTRANJERAS	
Remedios Aranda Rodríguez, María del Rosario Díaz Romero, Alfredo Ferrante, Enrique Gandía Pérez, Sebastián López Maza, Andrea Macía Morillo, Ricardo Pazos Castro	587
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Análisis del Dieselgate desde el derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)»	635
M.ª Carmen CRESPO MORA: «Renuncia al ejercicio de acciones de reclamación de responsabilidad contra un abogado»	725

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO
ORTÍZ, Cristina ARGELICH COMELLES, Brian BUCHHALTER
MONTERO, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel
GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebas-
tián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA
MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ
ARRANZ, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA
NAVARRO

La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad: una lectura en clave procesal

JUAN DAMIÁN MORENO
Catedrático de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El trabajo analiza, a la luz de la doctrina procesal, los diversos aspectos de la reforma Ley 8/2021, de 2 de junio, particularmente en lo que se refiere las características principales del nuevo proceso para la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

PALABRAS CLAVE

Derecho de familia. Discapacidad intelectual o psicosocial. Capacidad jurídica. Procedimientos judiciales.

Actions to adopt legal measures to protect people with disabilities: a judicial reading

ABSTRACT

The work analyses, in the light of the academic discussions, the different aspects of the new process introduced on June 2nd by the Act 8/2021. This new process modifies the legislation aimed to support those individuals with intellectual or psychosocial disabilities in the exercise of their legal capacity

KEYWORDS

Family Law. Intellectual or psychosocial disabilities. Legal capacity. Judicial proceedings.

SUMARIO: I. El impacto de la Ley 8/2021 en la legislación procesal para la provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.—II. Naturaleza jurídica del proceso para la adopción de medidas de apoyo: el papel de la autoridad judicial.—III. Las partes en el proceso de provisión de medidas de apoyo. El sentido de la legitimación conferida a cada una de las partes.—IV. La sentencia de provisión de apoyos y su complejidad. Alcance de sus efectos constitutivos: sin curatela no hay medidas.—V. Reflexiones finales.—Bibliografía.

I. EL IMPACTO DE LA LEY 8/2021 EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PARA LA PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Como es sabido, la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE de 3 de junio de 2021) se ha marcado como objetivo llevar a cabo un cambio radical en la configuración del régimen jurídico relativo a las personas con discapacidad.

Desde una perspectiva del derecho civil, el objetivo de esta ley ha sido el dar un paso más a los ya iniciados en el proceso de adaptación de la legislación española a los principios de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (BOE de 21 de abril de 2008) que proclama su compromiso porque las personas con discapacidad gocen de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida, lo que obliga a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica¹.

¹ Sobre la filosofía que informa esta ley y sobre el cambio de enfoque que representa desde el punto de vista de los principios que impulsa, PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, n.º 3, p. 5. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había tenido la oportunidad de aplicar directamente los principios de la convención de Nueva York antes incluso de la aprobación

Hay que tener en cuenta que, mientras que hasta la entrada en vigor de esta normativa, la persona con discapacidad, siendo titular de derechos y obligaciones, esto es, teniendo plena capacidad jurídica, tenía limitada, en mayor o menor medida, su capacidad de obrar, de forma que, dependiendo de las circunstancias, no podía ejercitarla si no era tras la previa declaración de incapacitación y, en muchos casos, el consiguiente nombramiento de un tutor (hoy curador), conforme a la nueva regulación, la ley parte del principio de que todas las personas gozan de capacidad y, solo en el supuesto de que no puedan ejercitarla, tienen la posibilidad, ellos mismos, sus familiares o el Ministerio Fiscal, de solicitar del juzgado las medidas de apoyo que precise para el ejercicio de su capacidad jurídica².

Así, pues, de acuerdo con ello, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (3 de septiembre de 2021), han quedado sin efecto las meras privaciones de derechos a las que estaban sometidas las personas con discapacidad («Disposición Transitoria Primera»). Por su parte, las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a su entrada en vigor quedan sujetas a revisión por quienes desempeñen cargos tutelares como consecuencia de la aplicación de la legislación derogada, quienes podrán, en cualquier momento solicitar de la autoridad judicial que en su caso las modifique para adaptarlas a la nueva ley («Disposición Transitoria Quinta»)³.

En suma, la reforma viene a incorporar un principio ético que excede del objetivo que informaba la normativa anterior en un intento de promover a nivel legislativo los instrumentos jurídicos de apoyo precisos para procurar el libre ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, anteponiendo el interés personal al familiar, procurando con ello aspirar al ideal, no siempre alcanzable, de conciliar su punto de vista con los medios que se encuentran a su disposición, evitando con ello que *nadie pueda ser cargado con las pesadas cadenas de la interdicción*⁴.

Las medidas de apoyo que se adopten deben tener por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad y han de estar inspira-

de esta reforma. Vid por ejemplo la STS 269/2021, de 6 de mayo [RJ 1894/2021] o la STS 706/2021, de 19 de octubre [RJ 3770/2021].

² Para un pormenorizado desarrollo sobre las novedades que incorpora esta nueva ley, nos remitimos especialmente a los trabajos de GARCÍA RUBIO, *CJ*, 2021, n.º 136, p. 45 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, p. 511.

³ Según esta misma disposición, en los casos en que no haya mediado solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años.

⁴ KISCH, 1932, p. 395.

das en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.

Estas medidas pueden ser, además de las voluntarias que promueva y acuerde el propio interesado, junto a las salvaguardas que considere necesarias (poderes, mandatos preventivos, etc.), las que se adopten judicialmente, teniendo en cuenta que, de conformidad con el principio de *subsidiariedad* que preside la aplicación estas medidas, estas últimas solo se acordarán en defecto o por insuficiencia de la voluntad de la persona y todas ellas deberán ajustarse a los principios de *necesidad y proporcionalidad* (art. 249 CC)⁵.

En función de ello, la ley concede a la persona con discapacidad, como criterio preferente, el derecho a adoptar las medidas de apoyo que libremente decida y con el alcance que expresamente haya manifestado, pudiendo acompañarlas de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento que se respeta su voluntad, deseos y preferencias y, solamente cuando no sea posible saber cuál es la voluntad de la persona, se podrá acudir a la autoridad judicial. Excepcionalmente, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no haya sido posible determinar su voluntad, deseos o preferencias, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas⁶.

Por eso, la ley hace bascular una buena parte de las decisiones relativas a la persona con discapacidad en una figura clave de esta ley, el *guardador de hecho*, para cuya designación no se requiere acudir a un trámite específico, salvo que, excepcionalmente, sea preciso asumir su representación en actuaciones puntuales, para lo cual requerirá autorización judicial, lo cual deberá llevarse a cabo a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, debiendo en todo caso recabarla para prestar el correspondiente

⁵ El proceso de interdicción e incapacitación que predominaba en la mayoría de los países europeos a principios del siglo xx tenía un trasfondo muy poco respetuoso para con la dignidad de la persona discapacitada hasta el punto de que a menudo era considerada objeto del proceso más que sujeto del mismo. La doctrina procesal española de la época tampoco fue muy sensible a la problemática que suponía para la persona afectada el verse en la posición en la que le colocaba la ley en este proceso, pero es de justicia subrayar, como excepción, la postura defendida en su día por PÉREZ GORDO, *RDPIB*, 1980 (4), p. 723. Una visión más moderna y que incorpora los importantes avances habidos en esta materia hasta ese momento, se encuentra en el trabajo de GONZÁLEZ GRANDA, 2009.

⁶ Según LANCHAS SÁNCHEZ, el ejercicio de dichas funciones representativas, junto a la modalidad menos restrictiva para la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en la curatela no representativa, constituye el primero de los niveles en los que se proyecta la protección jurisdiccional a las personas con discapacidad. En dicho primer nivel de protección, se suple o integra su capacidad a través del instituto de la representación legal; en un segundo nivel, se establecen excepciones al modelo general de actuación del citado representante al exigir en determinados casos la previa autorización judicial. En un tercer nivel, no sólo se limita dicha actuación representativa, sino que se elimina por completo, prohibiendo su actuación y sustituyéndola por la de un defensor judicial en los supuestos en que exista conflicto de intereses [LANCHAS SÁNCHEZ, 2021, p. 69].

consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil (art. 264 CC)⁷.

Así pues, es precisamente el ámbito familiar donde el propio legislador confía en que se adopten la mayoría de ellas, bien voluntariamente o, en su caso, a través de los cauces previstos en la ley, intentando conjugar con ello la voluntad de la persona con discapacidad, sus deseos y, en su caso, preferencias, con el interés de las personas encargadas de su cuidado (art. 249 CC)⁸.

En este aspecto, la reforma viene a *desjudicializar* una buena parte de los actos que se refieren a las medidas que afectan a las decisiones que la persona con discapacidad pueda adoptar en uso de su poder de autodeterminación; únicamente en defecto o insuficiencia de ellas, la persona con discapacidad, sus familiares o el Ministerio Fiscal, tienen, en función de las circunstancias personales y de cómo le afecte el grado de su discapacidad al ejercicio de sus derechos, abierta la posibilidad de recurrir al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria para solicitarlas o, en el caso de que mediara oposición o cuando no haya podido resolverse, a través del proceso contencioso establecido a tal efecto (art. 756 LEC).

«La realidad demuestra –señala la Exposición de Motivos–, que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea».

En este sentido, si bien es en el seno de la familia donde en principio la ley sitúa el centro de gravedad de gran parte de las medidas de apoyo, pues como institución de acogida sigue desempeñando esa importante función en nuestra sociedad, no podemos ignorar el fundamental papel que el Estado, a través de los tribunales, asume para velar sobre el modo en que aquéllas se aplican, confiando a la autoridad judicial, a través de los cauces específicos que la ley establece, la responsabilidad de verificar si se respeta la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, procurando evitar, con los elementos de juicio que le proporciona la ley, la

⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *DLL*, n.º 9961, 26 de noviembre de 2021, p. 1.

⁸ Esta idea de familia, más allá de las connotaciones autoritarias que la doctrina le ha podido asignar como medio para imponer una determinada clase de valores [VALPUERTA FERNÁNDEZ, *Derecho de Familia*, 2012, p. 20] ya estaba muy presente en el derecho romano y era bastante reveladora de la finalidad que en ese momento se le atribuía [IHERING, 2011, p. 120].

existencia de situaciones en las que se puedan producir un *conflicto de intereses* o para precaverse de una *influencia indebida* del entorno familiar que le rodea (art. 250 CC).

Desde un plano procesal, la nueva normativa, en coherencia con este nuevo enfoque, sustituye el antiguo proceso de incapacitación, por un sistema en el que la mayor parte de las medidas de apoyo se canalizan a través de los cauces reguladores en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria⁹, aunque reserva para determinados supuestos un proceso contencioso autónomo que es el que actualmente regula la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo la rúbrica que regula el Libro IV, Título I, Capítulo II de esta ley: *De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*.

El legislador, siguiendo en parte una tradición en el tratamiento de este tipo de asuntos, parece que ha optado por desdoblar el procedimiento a través de dos instancias claramente diferenciadas, intentando con ello que una buena parte de las decisiones se adopten a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, menos invasivo e informal, con el que se espera que el juez o la juez tenga mayores posibilidades para explorar las diversas alternativas de *carácter estable* que ofrece el Código Civil en cuanto a la elección de las medidas de apoyo que precise la persona con discapacidad (art. 42 *bis* LJ), y una segunda etapa, a través de un proceso netamente contencioso y autónomo, aplicable únicamente cuando en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición o cuando por cualquier causa no haya podido resolverse¹⁰.

⁹ Esta forma de articular los medios de protección ha sufrido diversos cambios a lo largo de la historia. Nuestro país incorporó al Código Civil el sistema de la tutela que se ejercía a través del *Consejo de Familia* y que actuaba de manera preferente [CASTÁN TOBEÑAS, 1966, p. 286], si bien, con el tiempo, especialmente a raíz de la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el papel de la autoridad judicial fue ganando mayor protagonismo en ejercicio de su función de supervisión de la actividad de los tutores. Hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba un expediente cuya vigencia, tras la entrada en vigor del Código Civil, era más que dudosa y que permitía que la incapacidad se pudiera declarar de forma sumaria a través del *antejuicio* que a tal efecto regulaba el entonces artículo 1848 [PÉREZ GORDO, *RDPib*, 1980, p. 723]. Con respecto a la situación procesal generada por esta dualidad procedimental, hay que recordar a propósito del llamado *juicio sumario de incapacitación* que la doctrina más autorizada le asignó en su día una naturaleza eminentemente cautelar [SERRA DOMÍNGUEZ, *RJ*, 1982, p. 40].

¹⁰ Esta relajación en cuanto a las formalidades del procedimiento, que CARNELUTTI destacó en su día como una de las principales características de buena parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, no es algo que en su opinión supusiese rebajar la importancia de las decisiones que se adoptan en ellos, ni porque tuviera menor importancia social ni menos dificultad técnica los asuntos encomendados a estos procedimientos, sino por la distinta naturaleza de los mismos que, en modo alguno implica, que la autoridad judicial no deba prestar la debida atención a los diferentes intereses en juego [CARNELUTTI, *Instituciones*, p. 264].

Esta dualidad en cuanto al régimen de procedimientos, que evoca las dos fases en las que se componía el antiguo procedimiento¹¹, ha sido valorada de manera muy desigual por parte de la doctrina. Para algunos autores es la manera más acertada de afrontar este tipo de situaciones ya que no obliga a los interesados a tener que acudir desde un primer momento a la vía jurisdiccional, que quedaría configurada como el último recurso al que habría que acudir después de que todas las posibilidades que esta ley ofrece para lograr este objetivo hayan *fracasado*¹².

En este sentido, aunque obedecen a finalidades diferentes, da la impresión que el expediente de jurisdicción voluntaria viniera a constituir una fase previa al procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien como ya tuvo oportunidad de poner de relieve la doctrina, tan normal es que un expediente de jurisdicción voluntaria termine sin conseguir el objetivo que se propuso el promovente en el caso de que el juez deniegue su solicitud, como que se frustre o fracase porque se declare contencioso debido a la oposición de un tercero; solo en esta hipótesis, el proceso contencioso vendría a ser la continuación del expediente sobreseído¹³.

Por el contrario, hay otros autores que sí han cuestionado esta forma de proceder, bien por aplicar sin fundamento un nivel de garantías diferente entre uno y otro procedimiento¹⁴, o bien reprochando al legislador que no haya tomado en consideración la gran novedad que introdujo en su día la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme a la cual la oposición no debería provocar el cambio en la naturaleza del expediente hasta el punto de tener que transformarlo en contencioso¹⁵.

¹¹ Como se recordará, tras la reforma de 1983, la declaración de incapacidad exigía que se discutiese a través del antiguo juicio declarativo ordinario de menor cuantía en virtud del cual el juez debía dictar una sentencia de naturaleza constitutiva respecto de la situación de la persona a la que se sometía a tutela; véase, por ejemplo, PRIETO-CASTRO, 1985, II, p. 232 y GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, 1979, II, p. 128. Con posterioridad, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, estableció un proceso especial, igualmente contencioso, pero que se sustanciaba por los trámites del juicio verbal con idea que fuera más ágil, sencillo y menos costoso que el anterior [SANCHO GARGALLO, 2000, p. 61].

¹² MORENO CATENA, 2021, p. 53.

¹³ CARRERAS LLANSANA, 1962, p. 669 (nota 10).

¹⁴ GONZÁLEZ GRANDA y ARIZA COLMENAREJO, 2021, p. 291. También esta tesis fue defendida por SERRA DOMÍNGUEZ, quien llevó a cabo un análisis comparativo sobre la trascendencia de calificar el antiguo proceso de incapacidad como de jurisdicción contenciosa o voluntaria, obviamente sin tener en cuenta que el objeto del antiguo proceso de incapacidad y el actual de provisión de medidas de apoyo persiguen radicalmente finalidades diferentes [SERRA DOMÍNGUEZ, *RJ*, 1982, p. 49].

¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *cit.*, p. 9. Esta circunstancia ha llevado precisamente a este autor a propugnar que la oposición a las medidas de apoyo, salvo que ésta proviniese de la propia persona con discapacidad, no conduzca inevitablemente al archivo del expediente.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO: EL PAPEL DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

En cualquier caso, este cambio de perspectiva supone, a la vez, un modo diferente de concebir el papel de la autoridad judicial en este tipo de decisiones y que, desde luego, tiene necesariamente su reflejo en el ámbito procesal¹⁶.

Como se acaba de indicar, para la adopción de las medidas judiciales de apoyo, la reforma que lleva a cabo la Ley 8/2021, de 2 de junio, configura un sistema procesal integrado por un cauce principal, que el legislador califica de preferente, y otro subsidiario, ambos revestidos de un acentuado carácter inquisitivo, de cuya combinación resulta esta peculiar forma de articular este sistema de provisión de apoyos¹⁷.

El primero estaría constituido por el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria y, para el supuesto de que se haya formulado oposición (o no haya concluido), otro que se materializaría a través del proceso contencioso que contempla el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunscrito en principio al nombramiento de un *curador* para que se encargue de asistirle conforme a las medidas de apoyo que precise y en su caso asumir su representación, una vez que, como se ha señalado, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona y no se hubiera encontrado otra solución para satisfacerlos (art. 249 CC).

En ambos casos, la nueva regulación asigna al juez un papel determinante para amparar a la persona con discapacidad garantizándole que las medidas de apoyo responden a la finalidad de la ley, que no es otra que el que todas las personas con discapacidad dispongan de los instrumentos legales adecuados para el ejercicio de su capacidad jurídica en sintonía con su voluntad, deseos y preferencias. En este sentido, la ley ha optado por que la mayor parte de la actividad de fiscalización y vigilancia que la legislación sustantiva le atribuye a la autoridad judicial se lleve a cabo a través de los cauces que proporciona la Ley de la Jurisdicción Voluntaria,

¹⁶ GÓMEZ COLOMER, 2021, p. 636.

¹⁷ Tradicionalmente la actuación de normas de carácter imperativo se ha llevado a cabo a través de los llamados *procesos civiles inquisitivos* o *no dispositivos*, en donde predomina un interés público; de ahí que estén caracterizados por un aumento de los poderes de juez y una restricción de las facultades de disposición de las partes en relación con el objeto del proceso. Sobre los principios que informan este tipo de procesos, es imprescindible acudir al clásico trabajo de CALAMANDREI [CALAMANDREI: «Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio», 1961, p. 225].

precisamente para salvaguardar que aquéllos se llevan a cabo atendiendo a esa finalidad (art. 42 *bis* LJV).

No debemos olvidar que los actos de jurisdicción voluntaria no tienen por objeto declarar el derecho entre dos partes con pretensiones contrapuestas, ni dar la razón a una frente a la otra, sino la de verificar o, en su caso, crear, como sucede en este tipo de casos, las condiciones para permitir que los sujetos que los promueven puedan desarrollar plenamente su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad en el ámbito de sus relaciones jurídicas¹⁸.

Por eso, la ley no aspira a que el juzgado adopte la solución que buenamente resulte del acuerdo entre los distintos interesados, ni que se muestre compasivo con sus problemas, ni que busque la pacífica o la amigable composición entre los miembros de una misma familia, sino, lisa y llanamente, que ejerza una función de tutela, aunque sea a través del estrecho margen que le proporciona la Ley de la Jurisdicción Voluntaria¹⁹.

Pero la labor de la autoridad judicial no se contrae únicamente a realizar un control de contenido jurídico sobre sus actuaciones, sino que su papel va más allá y se extiende al ámbito material, pues es su responsabilidad asegurarse, con el auxilio del Ministerio Fiscal, que las medidas de apoyo que adopte respetan en lo posible la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera, criterio que, como ha señalado la doctrina, es de aplicación general a todas las medidas de apoyo, independientemente que sean de carácter voluntario o de origen legal o judicial²⁰.

De ahí que, como ha puesto de relieve la STS 589/2021, de 8 de septiembre [RJ 3276/2021], el *principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado* y no ha tenido más remedio que reconocer que, si bien el artículo 268 del Código Civil

¹⁸ DAMIÁN MORENO, 2016, p. 166; por esa razón, gran parte de la doctrina quiso ver en la jurisdicción voluntaria un *tertium genus*, equidistante y autónomo, respecto la actividad jurisdiccional propiamente dicha; de ahí que se haya dicho que forma parte de la *actividad administrativa pública* pero circunscrita al *derecho privado*.

¹⁹ La jurisdicción voluntaria ha sido uno de los terrenos que han servido para poner a prueba las diversas concepciones en un momento en que empezaban a elaborarse las bases para la formación del derecho procesal moderno y en el que, entre otros aspectos, la doctrina comenzaba a delimitar dogmáticamente las características de la función jurisdiccional. Algunos autores, como CALAMANDREI, no compartían la función eminentemente preventiva que CARNELUTTI le asignaba a la jurisdicción voluntaria como medio de evitar un *conflicto potencial* de intereses entre particulares [CALAMANDREI, «Sobre el sistema y sobre el método de Francesco Carnelutti», 1959, p. 179].

²⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, cit., p. 512.

prescribe que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias, esto *no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado*²¹.

Por lo tanto, siendo conscientes de que no siempre va a ser posible llegar a tal extremo de fidelidad a la hora de tomar este tipo de decisiones, el verdadero protagonista de este tipo de procedimientos es la autoridad judicial quien, tras llevar a cabo un delicado ejercicio de ponderación, y una vez sopesadas todas las circunstancias concurrentes, va a tener, en muchos casos, *la última palabra* a la hora de adoptar la decisión que finalmente considere más conveniente pues en el fondo es el guardián de la tutela que la ley le encomiende que preste.

Hay que tener en cuenta que el objeto de la decisión y, por ende, del proceso contencioso, no se circunscribe únicamente al nombramiento de un curador, sino que su contenido es muy heterogéneo ya que se extiende a la determinación de todo un complejo entramado de actos que permitan a la persona con discapacidad actuar por sí misma, así como de aquellos otros para los cuales requiera excepcionalmente la representación del curador²².

En este aspecto, si la voluntad de la ley ha sido que esta decisión se adopte en el seno de un proceso, la función del juez en modo alguno puede ser la de un mediador cuya labor sea la de terciar en los conflictos familiares ni actuar como un árbitro procurando buscar el interés de la familia²³.

Se trata además de normas de naturaleza no dispositiva en las que el Estado ejerce, a través de los jueces, una función de tutela mucho más intensa de la que se le asigna al resto de los procedimientos y en donde hay un claro predominio del interés público en que las decisiones sobre las relaciones jurídicas que son objeto de su conocimiento respondan a los principios establecidos por el legislador, por lo que, como se verá, estos procesos no están sometidos al principio de aportación²⁴.

²¹ Algo que, en el fondo, es lo que está detrás también de la STS 734/2021, de 2 de noviembre [RJ 4003/2021, cuando señala que en el caso sometido a su consideración no se apreciaban razones suficientes que permitiesen prescindir de su voluntad, lo que en realidad es coherente con el criterio legal que preside esta normativa.

²² PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, n.º 3, p. 25.

²³ El principal inspirador de esta tendencia fue Antonio CICU, que ejerció una gran influencia en la doctrina a principios del siglo pasado, entre otras cosas porque puso de manifiesto la afinidad entre el derecho de familia y el derecho público y sostuvo que la función fundamental de la autoridad judicial en este tipo de procesos es la búsqueda del *interés de la familia*, el cual no debía confundirse con la suma de los intereses individuales de los integrantes de la misma [CICU, 1914, p. 106].

²⁴ CHIOVENDA, 1977, II, p. 813.

Es más, en los supuestos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad y a fin de amparar sus derechos, la nueva ley permite que la autoridad judicial pueda, previa solicitud de ésta y de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (art. 759 LEC).

El propósito de tales disposiciones es que la autoridad judicial tenga los suficientes elementos de juicio para descubrir la verdad que está realmente tras cada petición, su *necesidad y proporcionalidad*; de ahí que el procedimiento se encuentre configurado de forma tal que se le permita al tribunal hacerse una idea sobre las preferencias del propio interesado a las que pueden añadirse las alternativas que la autoridad judicial considere más adecuadas.

Así pues, la finalización del expediente por la existencia de oposición a cualquier tipo de apoyo por parte de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o la de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas o, en su caso, cuando el expediente no haya podido resolverse, se erige en un verdadero *presupuesto procesal de procedibilidad*, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la autoridad judicial responsable del procedimiento de jurisdicción voluntaria de adoptar provisionalmente las medidas que considere convenientes (arts. 42 *bis* b.5 LJV y 756 LEC).

La oposición ha de referirse *a cualquier tipo de apoyo*, sin que tenga esta consideración a estos efectos la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta, teniendo en cuenta que el expediente puede concluir si la persona con discapacidad opta por cualquier medida alternativa de apoyo que se le ofrezca (art. 42 *bis* LJV)²⁵.

En este sentido, y aunque cualquier parecido con la realidad pueda ser pura coincidencia, sigue siendo útil el planteamiento que en su día defendió algún prestigioso autor quien, con ocasión de las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del antiguo proceso de incapacitación, sostuvo que la relación entre el procedimiento de nombramiento de un tutor, claramente de jurisdicción voluntaria, y el entonces proceso de incapacitación, existía una relación de dependencia, de manera que este último vendría a ser únicamente el medio a través del cual se alcanza una finalidad, como es el nombramiento de un tercero que eventualmente pudiera suplir la capacidad del sujeto en cuestión; no la finalidad en sí misma. De ahí

²⁵ A nadie se le oculta que esta posibilidad que la ley pone en manos de la autoridad judicial en el expediente de jurisdicción voluntaria pondrá a prueba su capacidad de *persuasión* o de *negociación*, algo cuya trascendencia suponemos que habrá valorado el legislador en su justa medida a la hora de incorporarlo al texto de esta ley.

que considerase que ambos son de jurisdicción voluntaria pues con dar forma contenciosa a un procedimiento no lo convierte sin más en contencioso²⁶.

Por eso, si tradicionalmente ha seguido siendo muy controvertida en la doctrina la cuestión acerca de la naturaleza jurídica del antiguo proceso de incapacitación²⁷, ahora puede que lo sea mucho más, pues conforme a la reforma, con la acción ya no se ejercita un derecho a obtener un cambio jurídico sobre el estado de la persona con discapacidad, sino que tiene por único objeto la decisión sobre cuáles son los apoyos que, en función de su voluntad, deseos o preferencias, precisa para el ejercicio de su capacidad jurídica²⁸.

Sin embargo, aunque la doctrina sigue inclinándose por continuar atribuyendo al nuevo proceso una naturaleza contenciosa²⁹, a nuestro modo de ver, el hecho de que estemos ante un cauce que comparte una finalidad común, unido al hecho de que no existan propiamente pretensiones enfrentadas (aunque sí intereses contrapuestos)³⁰, al menos nos hace dudar de tal naturaleza y, desde luego, nos permite no descartar la idea de que, a pesar de la naturaleza que la ley le atribuya, este nuevo proceso tiene algunos rasgos como para poder ser caracterizado como un procedimiento de jurisdicción voluntaria si bien revestido aparentemente de una forma contradictoria.

III. LAS PARTES EN EL PROCESO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO. EL SENTIDO DE LA LEGITIMACIÓN CONFERIDA A CADA UNA DE LAS PARTES

Naturalmente, todo ello nos debería llevar a preguntarnos cuál es el papel que la ley reserva a los distintos sujetos que intervienen en este tipo de procedimientos. En general, aunque hemos descartado que las partes ejercitan un derecho propio a promover un cambio en la capacidad de la persona con discapacidad, la ley asigna a una variedad de sujetos la legitimación para instar la provisión de las distintas medidas de apoyo.

El tema de las partes está estrechamente vinculado a la noción de la legitimación, un concepto que actúa en función del derecho material que es objeto de la controversia. Esta especial distribución

²⁶ WACH, 1977, p. 95.

²⁷ PÉREZ GORDO, *RDPIb*, 1980, p. 738.

²⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *RDPIb*, 1974, p. 644.

²⁹ Así, por ejemplo, en las ediciones más recientes [MORENO CATENA, *cit.*, p. 53 y GÓMEZ COLOMER, *cit.*, p. 636]; y con referencia al anterior sistema, SERRA DOMÍNGUEZ, *RJ*, 1982, p. 39.

³⁰ MANDRIOLI, 1993, p. 256.

de funciones entre los sujetos legitimados para instar estas medidas es típica de lo que se conoce como procesos civiles no dispositivos o inquisitivos en que el efecto jurídico pretendido no puede conseguirse fuera del proceso³¹.

Como ha señalado la doctrina, el objeto del proceso no es decidir si un sujeto tiene un derecho contra otro, sino si existe o no el derecho a pedirle al juez que, por obra de la ley, modifique o extinga determinadas relaciones o constituya nuevas situaciones jurídicas entre particulares³². Por eso, es razonable que el legislador tenga la potestad de elegir quiénes están autorizados a ejercitar ese derecho; de ahí que el papel de las partes sea muy diferente al que desempeñan en otro tipo de procesos, aunque siguen siendo imprescindibles ya que condicionan la existencia misma del proceso y su resultado.

Así pues, refiriéndonos específicamente al proceso previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como sabemos, tiene por objeto fundamental la constitución de una curatela y el consiguiente nombramiento de un curador cuando en el procedimiento de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, la *legitimación activa* se encuentra atribuida a una pluralidad de sujetos: al propio interesado o a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, a sus descendientes, ascendientes o hermanos (art. 756 LEC).

También al Ministerio Fiscal se le concede legitimación activa para promover este proceso si las personas anteriormente mencionadas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las cuales la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa, en cuyo caso deberá oponerse a la demanda cuando considere que existen otras medidas de apoyo para la persona con discapacidad (art. 269 CC).

A diferencia de lo que sucede con la legitimación pasiva, la legitimación activa no viene atribuida a toda esta pluralidad de sujetos por el hecho de ser titulares de un derecho frente a la persona con discapacidad, sino por razones de oportunidad. El legislador ha debido pensar que quienes integran el núcleo familiar más cercano, son los más indicados para promover la solicitud³³. Esto no significa que las partes y los demás intervinientes sean solamente una mera ocasión para que la autoridad judicial imponga las medi-

³¹ CALAMANDREI, 1961, p. 248.

³² CORTÉS DOMÍNGUEZ, *RDP*, 1974, p. 645.

³³ IANNIRUBERTO, *RDP*, 1988, 4, p. 1037.

das que considere oportunas. Por lo tanto, no basta con que los demandantes se limiten a poner en conocimiento del juez una determinada situación de hecho para que aquella decida por su cuenta qué hacer³⁴.

De ahí que, como ha señalado la doctrina, en esta clase de procesos, la noción de carga procesal, esencial en los procesos donde se ventilan cuestiones en que predomina la autonomía de la voluntad de las partes, está muy desdibujada; la carga en estos procesos deja de serlo para convertirse en facultad, de manera que la actividad del juez no depende de las partes si con aquella no se obtiene lo pretendido por la ley. Las partes podrán alegar hechos y proponer la práctica de las pruebas que consideren oportunas, pero ni lo uno ni lo otro condiciona el resultado de la actuación judicial³⁵; es más, en estos procesos, la inactividad de las partes no impedirá que se practiquen los medios de prueba que el tribunal estime oportuno y aquellos otros que vienen impuestas por la ley³⁶. Y como se verá, tampoco condiciona su contenido desde el punto de vista de su congruencia, al que en modo alguno le vinculan las medidas que aquellas hayan podido solicitar³⁷.

El presupuesto procesal para poder recurrir al cauce previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil es que el expediente de jurisdicción voluntaria no haya dado el resultado esperado. La oposición de la persona con discapacidad, negando la necesidad de cualquier tipo de apoyo, la del Ministerio Fiscal o la de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas, pone fin al expediente, lo cual es bastante revelador de que, si no existen partes, sí al menos existen sujetos con intereses contrapuestos³⁸.

Por eso la ley admite incluso, que, una vez iniciado el proceso, puedan comparecer e intervenir en él en calidad de parte tanto las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo como quienes acrediten un interés legítimo.

A diferencia de lo que ocurría con la legislación derogada, donde era ilógico pensar que la propia persona con discapacidad

³⁴ GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *cit.*, p. 473. No obstante, autores de la talla de CARNELUTTI han considerado que la técnica de encomendar la defensa de determinados intereses a sujetos que no son titulares de los derechos subjetivos puestos en juego es la manera más adecuada para alcanzar determinadas finalidades; de ahí que distinga entre partes *materiales* y partes *instrumentales* [CARNELUTTI, 1955, p. 163].

³⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *RDPIB*, 1974, p. 646.

³⁶ SANCHO GARGALLO, 2000, p. 66.

³⁷ ORTELLS RAMOS, *DLL*, 1986, p. 1058.

³⁸ CALAMANDREI, *cit.*, p. 249, refiriéndose a los antiguos procedimientos de incapacitación e interdicción, fue especialmente crítico con quienes como CÍCU sostuvieron, en sintonía con la concepción pública del derecho de familia, que el contradictorio era simplemente formal porque todas las partes, en el fondo, vienen a defender un mismo interés, aunque con una forma diversa de verlo o de afrontarlo [CÍCU, 1914, p. 196].

podiera entablar una demanda para pretender su propia incapacitación, en coherencia con los principios que informan la nueva regulación, la ley también le atribuye al interesado legitimación activa para promover directamente el proceso de provisión de medidas de apoyo.

Así pues, aunque se trataría de una legitimación extraordinariamente poco frecuente, esta posibilidad se le concede en su propio beneficio a fin de que pueda lograr los apoyos que se le hayan podido negar en el expediente previo de jurisdicción voluntaria³⁹. En este caso, cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento junto con las medidas de apoyo correspondientes y la petición de designación de un curador determinado, a este último se le deberá dar traslado de aquélla a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión (art. 757 LEC).

Lógicamente, que el legislador haya optado por mantener el criterio de atribuir este tipo de decisiones a un proceso contencioso, le ha situado ante la tesitura de tener que colocar a un sujeto al otro lado y, de esa manera, garantizar el principio de dualidad de posiciones, lo que le ha abocado a tener que asegurar el contradictorio, llamando a una parte para que actúe como demandado, que bien podría ser el propio interesado, el Ministerio Fiscal o un defensor judicial nombrado al efecto⁴⁰.

En principio, la *legitimación pasiva* se atribuye a la persona respecto a la que se soliciten los apoyos cuando no sea quien los haya promovido en el previo expediente. El legislador no ha dejado de ser consciente de que en este tipo de situaciones a veces se entrecruzan intereses contrapuestos y sentimientos no siempre coincidentes e, incluso, *influencias indebidas*, de manera que la ley viene a reconocer de manera expresa el derecho de la persona a rechazar las medidas solicitadas (art. 42 *bis* b.5 LJV), algo que para la doctrina vendría a ser la máxima expresión de la prevalencia de su voluntad sobre cualquier otra consideración⁴¹.

Por eso, y salvo el supuesto especialísimo al que nos acabamos de referir, sería desenfocar el problema si no se entendiera que, por mucho que se quiera ignorar, aunque materialmente el sistema esté concebido en beneficio del interesado, procesalmente hablando, es una decisión que se pronuncia frente a la persona con discapacidad, que por medio de esta acción asume la cualidad de demanda-

³⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *cit.*, p. 518.

⁴⁰ Conforme al planteamiento de WACH que, como hemos visto, defiende la naturaleza de jurisdicción voluntaria del este procedimiento, esta forma de construir el contradictorio resultaría excesivamente *artificial* pues en definitiva ambas partes perseguirían el mismo interés que, trasladando la cuestión a nuestros días, no podría ser otro que el de actuar el interés de la persona con discapacidad [WACH, 1977, p. 97].

⁴¹ GARCÍA RUBIO, *cit.*, p. 48 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, *cit.*, p. 519.

do y a quien por ese motivo se le debe ofrecer la posibilidad de contestar a la demanda formulada en su contra⁴².

En el supuesto de que la persona que haya de verse afectada por las medidas no hubiera comparecido con su propia defensa y representación, el tribunal procedería entonces a asignarle un defensor judicial que, lógicamente, y a pesar de la equívoca denominación, es parte material y no puede dejar de comparecer, como el resto de las partes, por medio de abogado y procurador.

Por lo que se concierne a la competencia, salvo que se haya producido un cambio de la residencia de la persona objeto de estas medidas que implique una alteración de las reglas generales establecidas para este procedimiento, la competencia para conocer de esta segunda fase se atribuirá al mismo tribunal al que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria (art. 756 LEC).

IV. LA SENTENCIA DE PROVISIÓN DE APOYOS Y SU COMPLEJIDAD. ALCANCE DE SUS EFECTOS CONSTITUTIVOS: SIN CURATELA NO HAY MEDIDAS

El objeto de la *sentencia* se contraerá a decidir en primer término si constituye o no la curatela, así como las medidas de apoyo solicitadas y en qué medida lo hace, lo cual deberá hacer el juez en función de si concurren o no los presupuestos materiales que, a tal efecto, establece la legislación civil, especialmente en lo que se refiere al régimen de aquélla, que el legislador quiso en un primer momento que tuvieran *naturaleza asistencial*, pero que puede, como sabemos, tener funciones de representación (art. 287 CC).

La sentencia sigue teniendo efectos constitutivos, aunque limitados a las condiciones jurídicas en las que deben desarrollarse los apoyos, ya que, como se ha señalado, conforme a la nueva regulación, la resolución no afecta al estado de la persona con discapacidad. Así, pues, su contenido vendrá determinado especialmente por la extensión de la curatela que, en su caso, se acuerde, que será adoptada en armonía con la situación y circunstancias de la persona y sus necesidades de apoyo (art. 250 CC). También podrá incluir

⁴² Esta contradicción ya fue en su día advertida por la doctrina y es una buena muestra de la escasa consideración que se tenía hacia la persona a quien se pretendían aplicar las medidas derivadas de la incapacitación [PÉREZ GORDO, *RDPIb*, p. 735]. La doctrina precisa que esta situación únicamente podría darse respecto de la constitución de una curatela solicitada a instancias de terceros en el expediente, de modo que la oposición del interesado determinaría que la autoridad judicial pusiera fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria instado con esta finalidad, lo que no excluiría, tal como se ha subrayado, que el juez, si lo considerara procedente acordara dicha medida en el proceso contencioso correspondiente [GUILARTE MARTÍN-CALERO, *cit.*, p. 519].

las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que las medidas se ajustan a lo establecido en la ley y a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (art. 249 CC).

Es tal la trascendencia que la ley concede a la voluntad de la persona con discapacidad, que a fin de que el juez pueda formarse un juicio lo más adecuado posible sobre la procedencia de las medidas, además de practicar las pruebas que le proponga el Ministerio Fiscal y las partes personadas (art. 752 LEC), es inexcusable que mantenga una *entrevista* con ella, un acto que se erige en uno de los más importantes del proceso⁴³.

También es preceptivo dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad. Así mismo, deberá acordar los dictámenes periciales que estime oportunos o los que le soliciten las partes, si los considera pertinentes, pero sin que pueda tomar una decisión definitiva sin el previo dictamen pericial acordado de oficio, para el cual deberá contar en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contar también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso (art. 759 LEC)⁴⁴.

A los efectos de su decisión, el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece dar a entender que no rige en su plenitud el principio de *congruencia*, lo cual es lógico. Por lo tanto, los jueces están facultados para adoptar, dentro del margen de discrecionalidad que le concede el artículo 268 del Código Civil, cuantas medidas estimen oportunas en función de las circunstancias que hayan resultado acreditadas tras la prueba practicada, especialmente en lo que se refiere a los poderes del curador, cuya extensión vendrá determinada, en atención al principio de proporcionalidad, por la situación en que se encuentre la persona que las requiera⁴⁵.

Así pues, resulta evidente que la curatela es una medida judicial destinada a quienes precisen medidas de apoyo *de modo continuado*

⁴³ Tanto es así que el Tribunal Supremo acaba de subrayar que para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado se requiere una motivación especial en la que se expliciten en su caso las concretas razones por las que se hace (STS 899/2021, de 21 de diciembre, RJ 4879).

⁴⁴ Está muy extendida la idea de que sería muy útil la implantación de una jurisdicción específica de Familia con personal técnico especializado que auxilie a los jueces en el ejercicio de sus funciones técnicas. El *Anteproyecto de Ley orgánica de eficiencia organizativa del servicio de la justicia*, contempla la creación de secciones de *Infancia, Familia y Capacidad* dentro de los proyectados Tribunales de Instancia.

⁴⁵ Ya en su momento la doctrina ya reconoció en este tipo de procesos la existencia de un derecho configuración material de carácter *discrecional* que le facultaba al juez a desvincularse procesalmente de las pretensiones de las partes [ORTELLS RAMOS, *DLL*, 1986, p. 1058].

y, por lo tanto, en nuestra opinión, sin curatela no procede la adopción de medidas en este tipo de procesos (art. 250 CC); a nuestro modo de ver, existe una dependencia funcional entre su constitución y las medidas que se adopten, pues, de acuerdo con la ley, la curatela se establecerá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 CC), de manera que, dado que estas medidas están vinculadas al nombramiento de un curador, la constitución de la curatela actúa como presupuesto procesal de todas las que se hayan de adoptar a través de este proceso.

Además, la autoridad judicial viene obligada a determinar *de manera precisa* los actos para los que la persona requiera asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo; solo excepcionalmente podrá atribuirse al curador funciones representativas (arts. 269 CC)⁴⁶.

En la resolución que constituya la curatela, el juez podrá igualmente establecer las medidas de control que considere oportunas para garantizar que se respeta la voluntad, deseos y preferencias de la persona que precise este tipo de apoyo, así como aquellas otras dirigidas a evitar los eventuales abusos, conflicto de intereses e influencia indebida (art. 270 CC).

Por lo tanto, estamos ante una sentencia objetivamente compleja y de una gran laboriosidad técnica en cuanto a su gestación procesal, que exigirá un enorme esfuerzo intelectual por parte de la autoridad judicial; hay que tener en cuenta además que el recurso a criterios sujetos a tanta indeterminación, de los que inevitablemente tiene que hacer uso para adoptar esta decisión, hará aún más difícil si cabe su labor, unos retos a los que va a tener que enfrentarse en cada caso particular ante la necesidad de dotar de concreción jurídica a normas con una textura tan abierta⁴⁷.

El artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, retocado con ocasión de esta reforma para adaptarlo a las nuevas previsiones legales, dispone que, en este tipo de procesos, la *cosa juzgada* tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil, todo ello sin perjuicio de que una resolución judicial posterior se pueda pronunciar sobre las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la

⁴⁶ En nuestra opinión, la expresión *traje a medida* que utiliza la jurisprudencia para aludir a este fenómeno, no nos parece muy afortunada desde el punto de vista del respeto que se merecen las personas con discapacidad a quienes se aplican, pero es el tópico al que usualmente se acude para referirse a la adecuación de las medidas de apoyo a tales criterios.

⁴⁷ El concepto de *textura abierta* fue utilizado por primera vez por HART, quien puso de manifiesto que hay reglas, refiriéndose fundamentalmente a lo que hoy conocemos como conceptos jurídicos indeterminados, donde parte de su contenido normativo queda en manos de los tribunales en lugar en el legislador [HART, 1980, p. 159].

voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo o, en su caso, eventualmente para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida que aprecie (art. 270 CC).

Esto no quiere decir que la ley esté supeditando la eficacia de la sentencia a la inscripción en el Registro. La sentencia es válida desde el mismo instante en que se dicta y despliega todos sus efectos desde que haya adquirido firmeza, algo que nada tiene que ver con la cosa juzgada, entre otras cosas porque no tienen por objeto una pretensión de carácter material, siendo así que, tratándose de sentencias estimatorias, lo único que hace la ley es establecer el momento a partir del cual la sentencia empieza a producir efectos *erga omnes*, lo cual no es sino el efecto característico que este tipo de sentencias producen en el ordenamiento jurídico.

Los efectos de la cosa juzgada se refieren obviamente a la decisión resultante del proceso contencioso, no a la resolución del expediente, por mucho que con demasiado énfasis se haya querido ver un efecto parecido a estos expedientes en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (art. 19 LJV). Las resoluciones dictadas en este tipo de expedientes, en cuanto sean definitivas y firmes, son desde luego vinculantes e imperativas, de manera que las medidas de apoyo que se adopten despliegan sus efectos en el orden jurídico material ya que afectan a la persona sobre la que recaen, pero no producen efecto de cosa juzgada⁴⁸.

En este caso, la cosa juzgada únicamente se produciría cuando la sentencia fuera desestimatoria, que es cuando el tribunal niega el derecho a la constitución de la curatela y a medidas que como consecuencia de ella se adopten, al menos en las condiciones en que se han solicitado. Contrariamente, cuando la sentencia sea estimatoria, lo que hace el juez es reconocer o declarar como existente el hecho que justifica la constitución de la curatela y la adopción de las medidas y, por supuesto, la imposición de las mismas y el alcance que éstas deban tener⁴⁹.

No obstante, hay que tener en cuenta que, bien por haber desaparecido las causas que las motivaron, o bien porque se hayan agravado las circunstancias de la persona con discapacidad, el artículo 268 del Código Civil impone su revisión en el plazo máximo de tres años desde que se acordaron las medidas de apoyo, si bien permite que, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, en el de modificación de apoyos, pueda el juez establecer un plazo de revisión superior, que en todo caso no podría exceder de seis años (art. 761 LEC).

⁴⁸ CARRERAS LLANSANA, 1962, p. 679.

⁴⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2000, p. 94.

V. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de estas líneas hemos tratado de analizar el grado de incidencia que la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha tenido en el ámbito procesal, intentando poner de relieve que el carácter instrumental que se asigna al derecho procesal hace que no podamos ignorar el enorme impacto que aquella reforma ha tenido en relación con esta importante materia.

Como ya mencionamos en algún otro lugar, el derecho procesal, especialmente el derecho procesal civil, pasa a menudo demasiado desapercibido: *existe, pero no se ve* y, sin embargo, tiene una trascendencia esencial ya que, una vez que la controversia traspasa el umbral del ámbito de las relaciones entre particulares y llega a lo jurisdiccional, las reglas son otras y, por lo tanto, luego de cruzar esa frontera, la existencia del derecho ya no dependerá solo de las condiciones materiales en que se haya desenvuelto hasta ese momento, sino de la estrategia que se siga en el proceso, de las normas procesales y, en último extremo, de la decisión que finalmente adopte el juez⁵⁰.

Este fenómeno tiene una especial incidencia en el tema que ha sido objeto de nuestro análisis, al menos desde el punto de vista de cómo se ha tratado de trasladar la reforma a la legislación procesal. En mi opinión, el legislador ha sabido incorporar con bastante fidelidad al Código Civil los principios de la Convención de Nueva York y desde luego no son nada exagerados los calificativos tan elogiosos que se le han dedicado.

Sin embargo, a pesar de que los propósitos de la reforma han quedado muy bien reflejados en la Exposición de Motivos que precede a esta ley, no creemos que haya sucedido lo mismo en relación con la reforma de la legislación procesal. Nos imaginamos que no le habrá resultado fácil al legislador articular un sistema que procesalmente sirviera de correa de transmisión a todo este entramado de normas de derecho sustantivo; es posible que en parte los redactores de la ley se hayan dejado llevar por la manera en que tradicionalmente se han tratado procesalmente este tipo de asuntos, especialmente en relación con el precedente del antiguo proceso de incapacitación y que respondía a una manera de dar una solución procesal a un situación que ahora evidentemente no lo necesita⁵¹.

⁵⁰ DAMIÁN MORENO, 2021, p. 32.

⁵¹ Como ha descrito GARCÍA RUBIO, por un cúmulo de circunstancias, el proceso de elaboración de la ley ha sido bastante largo y complejo, lo que claramente ha podido influir en el resultado final, alterando incluso los objetivos que se habían marcado inicialmente los redactores de la propuesta legislativa [GARCÍA RUBIO, *CJ*, 2021, n.º 136, p. 46].

El cambio de perspectiva ha sido tan radical que no sabemos si el proceso elegido, prácticamente construido a imagen y semejanza del anterior, va a servir a los propósitos perseguidos por el legislador y no sabemos aún si realmente reflejan la idea que se pretendió a la hora de diseñarlo a fin de dar la adecuada respuesta a dichas exigencias de la nueva ley.

Tal como hemos intentado explicar, a diferencia de lo que sucedía con la legislación derogada, con la acción que el demandante entabla ya no se ejercita una pretensión derivada del ejercicio del derecho reconocido a determinados sujetos a obtener un cambio jurídico sobre el estado de la persona con discapacidad, sino que únicamente tiene por objeto la decisión sobre cuáles son los apoyos que, en función de sus circunstancias personales, precisa para el ejercicio de su capacidad jurídica para lo cual ha debido preceder además una decisión negativa adoptada previamente a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria.

Desde luego, aunque puede haber causado extrañeza la forma tan peculiar de articular las distintas decisiones que es posible adoptar en relación con esta materia, remitiendo una parte de ellas, especialmente las de carácter estable, al cauce correspondiente que a tal efecto regula la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y reservando el proceso contencioso previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la resolución de las pretensiones que vengán determinadas por la existencia de oposición, la solución es coherente con la finalidad perseguida, quizás pensando que el expediente de jurisdicción voluntaria va a ser lo suficientemente eficaz como para que, en virtud de ese principio de subsidiariedad al hemos aludido, el número de asuntos que al final lleguen al proceso contencioso sea el más reducido posible.

Así pues, el proceso al que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil está concebido como la *última* garantía jurisdiccional de la que dispone la persona con discapacidad para que se respete su voluntad, deseos o preferencias frente a las decisiones que se pretendan adoptar en relación con el ejercicio de su capacidad.

Y todo esto es lo que a duras penas cabe deducir de las disposiciones del nuevo *proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*, cuya ambigüedad en algunos extremos es verdad que a veces dificulta la labor del intérprete respecto a los principios procesales que normalmente rigen en este tipo de procesos.

Esta ambigüedad nos ha llevado, entre otros aspectos, a plantearnos si realmente la adopción de medidas de apoyo a través del proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil estaba vincula-

das a la constitución de la curatela; finalmente hemos llegado a la conclusión de que sí, pues es la pieza fundamental sobre la que se sustenta el resto de las medidas judiciales de apoyo, por mucho que el artículo 756 de dicha ley no lo exprese de manera clara.

Su objeto no es, como antes lo era, una pretensión tendente a privar a una persona de su capacidad, esencial para el desarrollo de su personalidad, sino sobre la procedencia de adoptar en su beneficio toda una serie de medidas judiciales que, según hemos podido deducir, requieren como presupuesto previo para su adopción la necesaria constitución de una curatela, a partir de la cual el juez está autorizado a fijar en el seno de este proceso todo ese conjunto de medidas legales y asistenciales que considere más convenientes para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por ello, queremos insistir en que, aunque existan ciertas similitudes entre ambos procesos y que procesalmente respondan los mismos principios, pues no dejan de ser procesos no dispositivos, sin embargo, el objeto del mismo y la tutela que el juez debe ofrecer es radicalmente diferente.

Y aunque, en efecto, la sentencia estimatoria siga teniendo efectos constitutivos, limitados en esta ocasión exclusivamente a las condiciones jurídicas en que desde el punto de vista del derecho sustantivo deben desarrollarse los apoyos, y aunque haya que seguir subrayando que en ningún momento el juez está en este proceso para actuar como un pacificador ni como mediador en un conflicto familiar sino como responsable de la tutela jurisdiccional que el Estado, a través del tribunal, viene obligado a prestar, alguna de estas habilidades parece que la ley espera que lleve a cabo.

Porque es tal la complejidad de la decisión que se le obliga a adoptar al juez o a la juez en el marco de un proceso contencioso como el que ha diseñado el legislador, que para ellos va a suponer un reto intelectual enorme, no sólo para quien en último término haya de tomarla, sino para el resto de profesionales e integrantes del Ministerio Fiscal que hayan de intervenir, una dificultad, que unida a las carencias por las que atraviesa nuestra administración de justicia, nos hace dudar si, al asignarle tan importantes funciones, el legislador ha sido consciente del impacto que esta normativa va a tener sobre el funcionamiento de nuestros tribunales⁵².

⁵² Algo que en su momento ya tuvo ocasión de poner de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial al informar el Anteproyecto de Ley. Según afirmó el Pleno del CGPJ el 29 de noviembre de 2018, «la implantación del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad y el desarrollo del sistema de apoyos que se diseña, con las incidencias y trámites correspondientes –con especial virtualidad del trámite de audiencia a parientes y allegados y al Ministerio Fiscal, así como el examen de la persona con discapacidad y los informes y dictámenes facultativos y de quienes ejercen las medidas de apoyo, en un régimen procedimental en el que no rigen con su dimensión habitual los

En fin, nos gustaría terminar estas reflexiones recordando, como ya tuvo ocasión de expresar Emilio Gómez Orbaneja refiriéndose al valor de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las normas de una ley, una vez que se promulgan, valen por lo que son y no por lo que el legislador piense que deben ser, de manera que una cosa es la intención que haya tenido al redactar cada norma y otra muy distinta lo que realmente establezca o cómo finalmente se aplique tal o cual precepto por el juzgador⁵³.

BIBLIOGRAFÍA

- CALAMANDREI, Piero: «Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio» en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 225.
- «Sobre el sistema y sobre el método de Francesco Carnelutti», en *Estudios de Derecho Procesal en Italia*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, p. 157.
- CARNELUTTI, Francesco: *Teoría general del Derecho*, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, 1955.
- *Instituciones del proceso civil*, III, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1997.
- CARRERAS LLANSANA, Jorge: «Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal* (con Miguel Fenech), Barcelona, 1962, p. 661.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral* (con la colaboración de José M.ª Castán Vázquez), Tomo V, Derecho de Familia, Madrid, 1966.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios del Derecho Procesal Civil*, trad. José Casáis Santaló, Tomo II, Madrid, 1977.
- CICU, Antonio: *Il Diritto di Famiglia*, Roma, 1914.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «El proceso, la demanda y el derecho material», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1974 (3), p. 639.
- «Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades», en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords: Cortés Domínguez/Moreno Catena), Tomo V, Madrid, 2000, p. 91.
- DAMIÁN MORENO, Juan: *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria* (Dir: Antonio Fernández de Buján), Pamplona, 2016.
- *El proceso civil: ese gran desconocido*, Madrid, 2020.

principios dispositivo y de aportación de parte, modulados por las facultades de investigación y actuación de oficio que se confieren al tribunal-, lejos de producir una disminución de la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente».

⁵³ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Barcelona, 1947, p. XXXI.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», en *Diario La Ley*, n.º 9961, 26 de noviembre de 2021.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», en *Cuadernos Jurídicos. Familia y Sucesiones*, editorial Sepín, 2021, n.º 136, p. 45.
- «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», en *El derecho de las sociedades envejecidas* (Beatriz Gregoraci y Francisco Velasco), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 25, 2021, p. 81.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Valencia, 2021.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1979.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad y ARIZA COLMENAREJO, M.ª Jesús: «El apoyo a las personas con discapacidad en el marco de la Constitución» en *Justicia y proceso: una revisión procesal contemporánea bajo el prisma constitucional*, Madrid, 2021, p. 291.
- *Régimen jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Madrid, 2009.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Pamplona, 2021.
- HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, México, 1980.
- IANNIRUBERTO, Giuseppe: «Natura giuridica e parti del proceso d'interdizione e d'inabilitazione», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1988, n.º 4, p. 1022.
- IHERING, Rudolf: *El Espíritu del derecho romano*, Granada, 2011.
- KISCH, Wilhelm: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto-Castro, Madrid, 1932.
- LANCHAS SÁNCHEZ, José Javier: *La intervención judicial en la formación de los negocios patrimoniales*, Madrid, 2021.
- MANDRIOLI, Crisanto: *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, Torino, 1993.
- MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Valencia, 2021.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio», en *Diario La Ley*, 1986 (2), p. 1049.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», en *Revista de Derecho Civil*, 2018, n.º 3, p. 5.
- PÉREZ GORDO, Alfonso: «El juicio de incapacitación de las personas físicas», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980 (4), p. 723.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona, 1985, p. 232.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacidad y tutela* (conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), Valencia, 2000.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del juicio sumario de incapacitación», en *Justicia*, 1982, n.º 2, p. 37.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *Derecho de Familia* (dirs.: Gema Díez-Picazo Giménez-Luis Díez-Picazo), Pamplona, 2012.
- WACH, Adolf: *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1977.

La fijación de la donación como no colacionable y la cláusula testamentaria del pago de legítima en vida del causante: dos declaraciones de parte que el Notariado, en lo posible, debería evitar¹

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

*Pleito malo, al alcalde y al escribano;
pleito muy malo, solamente al escribano*

Refrán español

RESUMEN

Las esenciales funciones notariales de asesoramiento jurídico, control de legalidad, búsqueda de la verdad, logro de la seguridad jurídica y prevención de conflictos jurídicos, exigen que el Notariado evite, en lo posible, que los instrumentos públicos que otorgue contengan declaraciones de parte que, aun no siendo ilegales, puedan ocasionar más inconvenientes que beneficios a los otorgantes o a sus sucesores, como la declaración de que la donación que se realiza a un heredero forzoso no es colacionable, o la cláusula testamentaria que manifiesta que el legitimario ya ha recibido su legítima en vida del causante. Analizadas detalladamente estas problemáticas declaraciones, se proponen soluciones concretas para reemplazarlas convenientemente.

¹ La versión original de este trabajo fue galardonada, por unanimidad y por segundo año consecutivo a favor del autor, con el *Premio Ilustre Colegio Notarial de Andalucía* de la Convocatoria 2019, otorgado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en la sesión del Pleno de Académicos Numerarios llevada a cabo el día 25 de marzo de 2021, y que fue entregado en la bella ciudad de la Alhambra en solemne acto público celebrado el día 30 de junio de 2021.

PALABRAS CLAVE

Funciones notariales esenciales, dispensa de colación, legítima: pago y complemento.

The declaration that donation is not subject to collation and the testamentary disposition of the payment of legal inheritance rights during the deceased's lifetime: two statements from the party that the notarial profession should, as far as possible, avoid

ABSTRACT

The essential notarial functions of legal advice, control of legality, search for the truth, achievement of legal security and prevention of legal conflicts require that the Notarial profession avoid, as far as possible, that the public instruments that it grants contain statements from the party that, although not being illegal, can cause more inconvenience than benefits to the grantors or their successors, such as the statement that the donation made to a forced heir is not subject to collation, or the testamentary disposition which states that the forced heir has already received his legal inheritance rights during the lifetime of the deceased. Analyzed in detail these problematic statements, concrete solutions are suggested to replace them conveniently.

KEY WORDS

Essential notarial functions, waiver of collation, legal inheritance rights: payment and supplement.

SUMARIO: I. Introducción: Funciones notariales esenciales en esta sede: 1. Asesoramiento, control de legalidad y búsqueda de la verdad. 2. Asesoramiento, seguridad jurídica y prevención de conflictos jurídicos.— II. La declaración del donante en escritura pública de que la donación de inmueble que realiza a un heredero forzoso no es colacionable: 1. Preliminar: forma, tiempo y naturaleza de la dispensa de colación. 2. La verdadera libertad del causante de disponer de sus bienes *inter vivos*, reconocida jurisprudencialmente. 3. La regla general de imputación de las donaciones realizadas a los descendientes que sean legitimarios. 4. Imputación de las donaciones declaradas no colacionables: 4.1 Idea funda-

mental inicial: el carácter no colacionable de la donación no impide que se compute su importe para fijar la legítima correspondiente. 4.2 Criterios de imputación de la donación no colacionable: 4.2.1 Pauta fundamental. 4.2.2 La donación con dispensa de colación no implica, por sí sola, mejora tácita o presunta. 5. Propuesta para suplir con eficacia la declaración de no colacionable de la donación inmobiliaria.—III. La manifestación testamentaria de que un legitimario ya ha recibido su legítima en vida del causante: 1. Planteamiento. 2. La afirmación del causante de haber pagado la legítima es irrelevante jurídicamente. 3. Al no hallarse comprendida en la fe pública notarial, tal declaración testamentaria debe probarse por los beneficiarios de la herencia. 4. Dicha aseveración sucesoria, de no acreditarse fehacientemente, supone una verdadera preterición intencional. 5. Si se percibió menos de lo establecido legalmente, no es preciso que el perjudicado impugne dicha manifestación testamentaria de pago anticipado de legítima, basta reclamar su complemento conforme al artículo 815 CC. 6. Proposición para reemplazar, convenientemente, la aseveración testamentaria del pago de la legítima en vida del causante.—IV. Conclusiones.—Bibliografía.—Sentencias citadas: 1. Sentencia del Tribunal Constitucional. 2. Sentencias del Tribunal Supremo. 3. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas. 4. Sentencias de las Audiencias Provinciales.—Resolución de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado.

I. INTRODUCCIÓN: FUNCIONES NOTARIALES ESENCIALES EN ESTA SEDE

A tenor del primordial artículo 1. 1.º de la Ley del Notariado (LN) —Ley de 28 de mayo de 1862—, el «*Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*»; pero, además, como jurista o profesional del Derecho, el Notariado debe aconsejar y asesorar con imparcialidad a los otorgantes², y adecuar su voluntad al ordena-

² La relevante STS (3.ª) 26 enero 1996 consideró que este «precepto que atribuye al Notario la condición de funcionario público, es por sí solo insuficiente para caracterizarle como tal y desde luego para obtener un concepto exacto de la función notarial. Nada se dice en él de la función asesora, que está presente en la Ley de 1862 y en su reglamento y tampoco hace referencia alguna al carácter profesional del Notario. De aquí que se haya llegado a decir, por un sector de la doctrina, que el artículo 1.º de la mencionada Ley en realidad no define al Notario, sino que delimita el campo de su actuación funcional, en razón de las circunstancias históricas que motivaron la reforma de 1862 (separación entre la fe pública judicial y extrajudicial hasta entonces a cargo de los Escribanos). Junto a la función pública —dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales—, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los artículos 13 y 17 de la Ley...». En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia —TSJ— de País Vasco (3.ª) 10 abril 2001 concluyó que nos «encontramos, por tanto, ante unos profesionales que están ligados a una función a caballo entre lo público y lo privado... (debiendo considerarse que se trata de) una profesión liberal de carácter público».

miento jurídico vigente, indagando, interpretando e, incluso, completando, si necesario fuere, tal voluntad inicial, informando a las partes intervinientes del valor y alcance de la redacción contenida en el correspondiente instrumento público otorgado (*ex art. 147 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN) –Decreto de 2 de junio de 1944–*)³.

1. ASESORAMIENTO, CONTROL DE LEGALIDAD Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD

Partiendo de que una de las funciones básicas del Notariado es el juicio o control de legalidad, tanto de la forma como respecto del fondo de la materia que es objeto del instrumento público que se otorga –desempeño crucial que, muy convenientemente, ha asumido con rotundidad nuestro Tribunal Constitucional⁴–, hay que destacar que esta actividad notarial esencial –en la que está, ciertamente, el origen de la propia fe pública–, se encuentra íntimamente ligada al asesoramiento jurídico y al compromiso notarial de la búsqueda de la verdad, razonamiento aceptado por relevantes Nota-

³ Dentro del Capítulo II, titulado «*Del instrumento público*», en su Sección 1.ª, denominada «*Requisitos generales*», el cardinal artículo 147 RN dice literalmente que: «*El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado... También asesorará con imparcialidad a las partes...*». Este doble carácter –funcionario/profesional del Derecho– del Notariado se recoge también, p.e., por GÓMEZ-RIESCO TABERNO DE PAZ (*RJN*, 2018, p. 231), quien explica que el «notario, como profesional tiene a su cargo asesorar a las partes y aconsejarles los medios jurídicos más apropiados para el logro de sus fines. Pero el notario es, efectivamente, del mismo modo, autoridad o funcionario público... y crea un producto documental, el instrumento público, mediante la redacción y configuración formal del mismo, mediante el control de la legalidad del *negotium* documentado en él y mediante la autenticación de su propia actuación y de la de sus otorgantes, también en cuanto al fondo».

⁴ La STC 207/1999, de 11 de noviembre, afirma que a «los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que *El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*, función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos»; sosteniendo a continuación que la «función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público».

rios que se han pronunciado sobre esta fundamental cuestión⁵. En efecto, el fedatario público debe recoger la voluntad de los otorgantes, formada convenientemente gracias a su certero asesoramiento jurídico basado en la legalidad vigente pero, además, concurre la obligación ética y moral de no faltar a la verdad, por lo que legalidad y verdad deben ir unidas, indisolublemente y como fundamento de su necesidad social, en la cotidiana actividad notarial. De este modo, como resume en esta importante sede, certeramente, algún Notario⁶, sin «verdad no es posible el control de legalidad, sin control de legalidad no es posible la verdad».

En consecuencia, debe procurarse que el acto o negocio jurídico otorgado sea idóneo, legalmente, para alcanzar los propósitos prácticos que los sujetos intervinientes persiguen, por lo que el Notariado tiene también por misión el cuidado de los intereses privados, esto es, procurar que los particulares puedan conseguir unos fines lícitos y que ellos se basen en la realidad o verdad de las declaraciones efectuadas en el instrumento público utilizado en cada supuesto concreto. En este punto, debe recordarse también que el cardinal artículo 148 RN establece claramente que: «*Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambi-*

⁵ «Una tarea labrada durante siglos, consiguiente a su fidelidad y compromiso para recoger en el documento público la voluntad de los otorgantes, rectamente formada, gracias a la información y asesoramiento notariales, y en la que cabe encontrar el origen de la fe pública, en tanto que bien jurídico. Fe pública que, de un lado, presupone el compromiso del notario con la verdad y la legalidad, y que es consecuencia de la credibilidad que, tradicionalmente, le han dispensado los ciudadanos, que, en definitiva, es causa eficiente de la autoridad que recibimos por parte del ordenamiento jurídico» (MARTÍNEZ SANCHIZ, *RJN*, 2018, p. 11). «Aparece así la actividad notarial como una fuente fiable de observables jurídicos sobre los que el juzgador aplicará y hará realidad el Derecho. Obviamente, poco fiable sería la actividad notarial si no respondiera a la verdad. Ésta es causa y fundamento de la fe pública notarial. Es cierto que esta característica de verdaderos –por importante que sea– es una sola característica de nuestra actividad que es, evidentemente, poliédrica. Pero es una característica muy importante que no suele destacarse porque se da por cumplida, y además constituye un bien de confianza, como la salud que sólo se valora cuando se pierde. Otra de las caras de ese poliedro que representa nuestra actividad es la del control de legalidad. El notario, parece un lugar común, da forma legal a las relaciones jurídicas, a los hechos jurídicos. La ley habla de forma legal, no de forma jurídica. Pero como lo legal entra en la categoría de lo jurídico y lo ilegal en la de lo antijurídico, tal mandato parece poner de relieve que el legislador se está refiriendo a la categoría mas amplia de forma jurídicamente válida o lo que es lo mismo la que se ajusta no solo a las prescripciones legales, formales y sustantivas, sino también al recto proceder ético y moral, a la norma deontológica, a la verdad contrastada y buscada. Ese recto proceder es el que contribuye a aproximar el sistema normativo, el ordenamiento jurídico, a la realidad social, a las necesidades de los ciudadanos, y el que acreditará o no, en definitiva, la necesidad social del notario» (NAVAS OLÓRIZ, *RJN*, 2018, p. 133).

⁶ NAVAS OLÓRIZ (*RJN*, 2018, p. 137), quien, además, confirmando esta esencial dualidad de control de legalidad-verdad, añade que el «notario además de veraz es, entre otras cosas y en lo que aquí me interesa destacar, y por eso, fiel vigilante de la legalidad cuyo cumplimiento controla...»; de manera que, en definitiva, «el derecho a la verdad ha de impregnar toda nuestra vida jurídica...» (*RJN*, 2018, p. 141).

guos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma»⁷.

2. ASESORAMIENTO, SEGURIDAD JURÍDICA Y PREVENCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS

Normalmente, cuando una persona acude a una Notaría no tiene totalmente formada su voluntad, de manera que busca un experto asesoramiento jurídico del fedatario público⁸ quien, en aras del indicado postulado de la seguridad jurídica, debe, al tiempo de indagar cuál sea el pretendido propósito de la parte –o partes intervinientes–, advertir sobre los posibles errores de hecho o de Derecho que observe –evitando que el decidido empeño del otorgante u otorgantes pugne con el ordenamiento jurídico vigente–, informar sobre todas las posibles normas aplicables al caso correspondiente –incluyendo las de Derecho dispositivo–, e, incluso, prever, razonablemente, los hechos que posiblemente pueden producirse en el futuro –por ejemplo, y por lo que nos interesa básicamente en este trabajo, eventuales variaciones importantes en el patrimonio hereditario del causante–, y que afecten, jurídicamente, a la declarada voluntad actual de los intervinientes en el correspondiente instrumento público otorgado por el Notariado⁹.

⁷ Este artículo 148 RN fue redactado por el número setenta y dos del artículo primero del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 («BOE» 29 enero); reforma normativa importante que entró en vigor el 30 de enero de 2007.

⁸ «Hay ocasiones en que quien acude al Notario trae su voluntad clara e informada sobre la decisión que quiere tomar. A veces, quien busca al Notario quiere una información detallada para tomar su decisión y manifestar su voluntad en uno u otro sentido. Otras veces las cosas no ocurren de esa manera; quien busca al Notario lo hace para que decida él mismo, para eso son Notarios y saben mejor que el cliente lo que debe de hacerse. La decisión está tomada de antes: hacer lo que diga el Notario. La decisión del otorgante es un acto de fe, no de conocimiento» (CUENCA ANAYA, 1986, p. 36).

⁹ FERNÁNDEZ EGEA, 2016, pp. 113 y ss. *Vid.*, también, RODRÍGUEZ ADRADOS (*RJN*, 2004, pp. 196-197; y *RJN*, 2018, pp. 88-89), quien explica acertadamente que el Notariado «habrá de indagar la voluntad empírica de las partes, que con frecuencia es una voluntad no informada, una decisión tomada sin la información legal indispensable para que pueda ser jurídicamente sancionada, una voluntad deformada incluso por prejuicios y falsos conocimientos jurídicos; es, también muchas veces una voluntad errónea, por ignorancia, de hecho o de derecho, de la situación preexistente o de las normas aplicables, incluso las dispositivas e integrativas; una voluntad incompleta, que sólo regula los aspectos fundamentales e inmediatos; una voluntad imprevisora, que no ha tenido en cuenta los efectos a largo plazo y menos aún los acaecimientos que pueden sobrevenir o interferirse; una voluntad ilegal, que choca en todo o en parte con el Ordenamiento» jurídico.

Pues bien, esas sustanciales funciones notariales de asesoramiento jurídico y logro de la necesaria seguridad jurídica¹⁰—consagrada expresamente, no se olvide, en el art. 9.3.º CE: «*La Constitución garantiza... la seguridad jurídica*»—, van intrínsecamente ligadas a prevenir, en la medida de lo posible, el surgimiento de conflictos jurídicos futuros entre los distintos intervinientes o respecto de terceros, de manera que debe intentarse que la potencial intervención judicial se produzca, únicamente, en contadas ocasiones. De esta manera, resulta que una adecuada actividad notarial contribuye a la consecución del fin último del Derecho, a saber, la convivencia pacífica de los ciudadanos¹¹.

Por todo lo indicado, para prevenir litigios o disputas, el Notariado, además de asesorar jurídicamente a las partes intervinientes, debe orientarlas hacia los medios o instrumentos legales más apropiados para impedir o evitar—siempre que ello pueda hacerse, repito—, los riesgos de previsibles conflictos jurídicos, teniendo muy en cuenta que el certero asesoramiento notarial no solo puede impedir futuras contiendas judiciales a los otorgantes, sino que puede llegar también a solucionarlas o deshacerlas en esta fase extrajudicial previa a la contenciosa en la que aún permanecen latentes u ocultas¹².

Ahora bien, pese a lo anteriormente expuesto, debe tenerse también muy en cuenta, en esta concreta sede, que el preciso control notarial del que estoy hablando tiene—obviamente y como destaca, igualmente, la propia doctrina notarial—, unos límites inexcusables, pues el Notariado no puede realizar presunciones infundadas sobre la pretendida voluntad de las partes intervinientes en los

¹⁰ «... la máxima seguridad para el particular y para el propio Estado, no radica en leyes minuciosas, sino en juristas—notarios en este caso— que sepan hacerlas cumplir conforme a su espíritu» (SIMÓ SANTONJA, *RJN*, 1998, p. 97). Por su parte, BOLÁS ALFONSO (*RJN*, 2018, p. 112), concluye que a «la vista del texto constitucional, en particular de los artículos 9.2 y 3, 33, 38, 49 y 149 1.8 puede afirmarse que en nuestro Estado de Derecho el Notariado colabora a la mejor y más efectiva realización de los derechos fundamentales, a la seguridad jurídica pero también a la libertad, la justicia y la dignidad e intimidad de las personas».

¹¹ MARTÍNEZ SANCHIZ, *RJN*, 2018, p. 11. En igual sentido, p.e., MEZQUITA DEL CACHO (1989, p. 353), advierte expresamente que en «las sociedades evolucionadas es necesario que los Ordenamientos provean al tratamiento preventivo de la seguridad jurídica en las relaciones privadas no sólo sin recurrir para ello al Proceso (judicial),... sino procurando además que el entramado normativo e institucional que despliegan a tal fin sirva además por su propia eficacia para ahorrar conflictividad procesal, cuya inflación es socialmente muy inconveniente».

¹² FERNÁNDEZ EGEA, 2016, p. 111. *Vid.*, también, entre otros, RODRÍGUEZ ADRADOS (1986, pp. 41 y ss., en especial, p. 69); quien explica adecuadamente que supuesta «la certeza del Derecho objetivo, la función notarial tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda... al igual que la Medicina, el Derecho tiene que ser cada día más preventivo, procurando que la incertidumbre no se introduzca solapadamente en las relaciones entre los particulares».

diversos instrumentos públicos otorgados, basándose en un mero criterio subjetivo carente de la necesaria sustancia jurídica, pues este relativo juicio notarial sería, por consiguiente, contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el trascendente artículo 24. 1.º CE¹³.

En definitiva, teniendo en cuenta todas las esenciales funciones notariales aludidas anteriormente de asesoramiento jurídico, control de legalidad, búsqueda de la verdad, logro de la seguridad jurídica y prevención de conflictos jurídicos, así como los indicados límites necesarios del control notarial material, voy a centrarme en dos declaraciones normales o usuales de parte que, ciertamente, no serían ilegales, ni mucho menos, pero que pueden dar lugar, bien a confusión, bien a situaciones incómodas o de dificultad probatoria, o incluso a sangrantes contiendas judiciales, más que a verdaderos beneficios jurídicos a los propios otorgantes o a sus sucesores, y ello aunque que las realicen ante el Notariado. Me estoy refiriendo, concretamente, a la calificación de no colacionables de las donaciones –normalmente de bienes inmuebles–, realizadas en escritura pública, y a la aseveración del causante del pago anticipado en vida de la legítima a uno o varios sucesores forzosos, manifestación efectuada en los testamentos notariales abiertos. Veamos y analicemos estas aludidas afirmaciones separadamente.

¹³ Como explica más apropiadamente GOMÁ LANZÓN (*RJN*, 2018, pp. 119-120), «ese control material (del Notariado) tiene un límite que podríamos llamar constitucional, porque no puede comprender aquellas cosas que están fuera de su alcance jurídico e incluso gnoseológico; por ejemplo, las intenciones no manifestadas ni evidentes –finalidades fraudulentas ocultas– o, incluso, la abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos que no hayan sido declaradas como tales por la ley o por un juez. El notario sólo debe llegar a lo que tiene ante sí: las declaraciones de las partes y los documentos presentados que, eso sí, han de ser lícitos, claros, coherentes y hasta poco sospechosos. Pero al notario no le compete realizar presunciones sobre la licitud de las cosas apoyándose en su simple criterio subjetivo. Admitir lo contrario conduciría a consagrar una especie de «juicio notarial» carente de procedimiento contradictorio, que se incoaría con la única legitimidad de la subjetividad personal del notario ante la concurrencia de sospechas más o menos fundadas, y se sustanciaría sin disponer todos los elementos de juicio, que no podría exigir. Ello nos conectaría, pero negativamente, con la Constitución, porque admitir tales juicios preventivos sería contrario al principio de tutela judicial efectiva, que prescribe el artículo 21.4 (*sic*) de la Constitución; incluso supondría un coartamiento de la autonomía de las partes en oposición al principio de libertad de su artículo 10.2, si partimos de la base de que en un sistema de democrático lo que no está prohibido está permitido (por el valor superior de la libertad consagrado en el artículo 1), por lo que no cabría negarse a autorizar documentos por sospechas, máxime cuando la actuación del notario es obligada de acuerdo quizá, con un cierto derecho a la forma pública que todos los ciudadanos tienen y que se podría entender enmarcado en el artículo 9.3 de la propia Constitución. En resumen, el notario ejerce un control de legalidad, incluso de regularidad material, pero éste no nos define absolutamente porque tiene límites, más allá de los cuales se encuentran los jueces».

II. LA DECLARACIÓN DEL DONANTE EN ESCRITURA PÚBLICA DE QUE LA DONACIÓN DE INMUEBLE QUE REALIZA A UN HEREDERO FORZOSO NO ES COLACIONABLE

1. PRELIMINAR: FORMA, TIEMPO Y NATURALEZA DE LA DISPENSA DE COLACIÓN

En la práctica notarial, suele ocurrir que un futuro causante haga *inter vivos* una donación de inmueble a un legitimario, dándosele el carácter de no colacionable en la escritura pública correspondiente y obligatoria legalmente (*ex arts. 633. 1.º y 1280. 1.º del CC*¹⁴). Por ejemplo, en el supuesto de hecho contemplado por la trascendente SAP Valencia (7.ª Civil) 1 abril 2011 –que, por su importancia, se analizará detalladamente más adelante–, la concreta escritura pública de donación de inmueble realizada contenía la siguiente cláusula: «*Por dispensa expresa de la parte donante esta donación no será colacionable en la herencia de la misma*». Es más, en ocasiones, se otorga el instrumento público añadiéndose la declaración incierta de que tal donación inmobiliaria no es inoficiosa, en cuanto que no perjudica la legítima de los demás sucesores forzosos en la herencia, lo cual no es, necesariamente, verdad, porque en la casi totalidad de los supuestos no podrá comprobarse certeramente hasta el fallecimiento del causante. Respecto de esta última manifestación, la relevante SAP Huelva (2.ª Civil) 20 noviembre 2012 dice expresamente que el «que el donante haya declarado no inoficiosa a la que hace con dispensa de colación no impide en absoluto la aplicación de las normas protectoras de la legítima por su carácter imperativo, entre ellas las de reducción de donaciones (art. 636 Cód. civ.)». Por todo ello y por lo que se dirá a continuación, declaro ya que el Notariado, en el cumplimiento estricto de las esenciales funciones notariales ya estudiadas, debería evitar tales aseveraciones de parte.

¹⁴ El artículo 633. 1.º CC dice que: «*Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario*». Por su parte, el artículo 1280. 1.º CC establece que: «*Deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles*». La escritura pública supone aquí una forma constitutiva o *ad solemnitatem*, dato que, curiosamente y a pesar de su gran relevancia práctica, no recalca la casi totalidad de la doctrina que trata esta cuestión de la donación inmobiliaria con dispensa de colación.

En cuanto a la forma y al tiempo en que puede realizarse la dispensa de colación de la donación inmobiliaria correspondiente, como expuso ya la importante y clarificadora STS (1.^a) 19 mayo 2011, la «dispensa de la colación tiene naturaleza negocial y su contenido es la voluntad del donante de que no se colacione, lo que no implica que se evite la imputación y la atribución que conforman la legítima (sentencias de 21 de abril de 1990..., 19 de mayo de 2008...). La voluntad de dispensar la colación ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato (escritura pública) de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento» del donante. En este mismo sentido, la STS (1.^a) 13 julio 2011 continúa indicando que esta «dispensa debe hacerse de forma expresa», de manera que no se puede pretender «deducir una voluntad presunta del causante en relación a la dispensa de la colación de la donación,... (pues ello) se compagina mal con el citado art. 1036 CC»; y, por último, la STS (1.^a) 6 marzo 2019 confirma que la «dispensa de colación debe ser expresa (art. 1036 CC) y, aunque no sea exigible una fórmula sacramental, sí es preciso que de manera clara e inequívoca resulte la voluntad del causante de dispensar de la colación»¹⁵, normalmente, a la donación de inmueble realizada *inter vivos* por el causante en escritura pública [criterio básico que se asume literalmente en la jurisprudencia menor, como, por ejemplo, y por todas, la significativa SAP Toledo (1.^a Civil) 29 junio 2007].

Finalmente, respecto de la naturaleza de la dispensa de colación, la sustancial STS (1.^a) 20 julio 2018 –reiterada por la ya citada STS (1.^a) 6 marzo 2019, por lo que, obsérvese, ya existe jurisprudencia en la cuestión (*ex* art. 1. 6.º CC)–, recalca su carácter revocable, de manera que establece que la «dispensa es... un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa*, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el código civil, tal y como con claridad resulta de los arts. 737 y 1271 CC así como de las escasas excepciones en las que el código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes

¹⁵ En la doctrina, p.e., entre otros muchos autores, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (ADC, 1995, p. 1188), explicaba resumidamente que para «que se considere expresa ha de tratarse de una declaración *ad hoc*... Ésta nos parece la dirección correcta en que hay que interpretar la exigencia de que la dispensa de colación conste *expresamente*. El causante ha de realizar una declaración cuya finalidad esencial sea precisamente la dispensa; finalidad que, al menos en este caso concreto, habrá de valorarse de modo objetivo».

futuros). Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable..., (de manera que) sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación (que es irrevocable), sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión...» del causante que los demás herederos forzosos concurrentes en ella. En definitiva, como ya expuso en esta sede la importante STS (1.^a) 13 diciembre 2000, el relevante artículo 1036 CC «concede un derecho *post mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia» de que se trate, pues puede revocarse en cualquier tiempo. Este mencionado y fundamental artículo 1036 CC establece que: «*La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente o, si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa*».

2. LA VERDADERA LIBERTAD DEL CAUSANTE DE DISPONER DE SUS BIENES *INTER VIVOS*, RECONOCIDA JURISPRUDENCIALMENTE

Como explica la destacable STS (1.^a) 28 septiembre 2005, aunque, de acuerdo con el principal artículo 806 CC¹⁶, la legítima es una porción de bienes de la que el testador no puede disponer en perjuicio de los legitimarios, en nuestro ordenamiento jurídico la cuota legitimaria no supone una *pars reservata bonorum*, dado que el testador puede disponer de sus bienes *inter vivos* –a título oneroso o gratuito– o *mortis causa*, si bien con una eficacia jurídica condicionada a la protección de la intangibilidad cuantitativa del derecho hereditario del propio legitimario (*ex art. 815 CC: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma»*). De este modo, nuestro sistema normativo legitimario

¹⁶ El artículo 806 CC dice que: «*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*». BUSTO LAGO («Comentario al artículo 806 CC», 2009, pp. 1 y 3), explica que el «precepto constituye una especie de garantía general de los derechos de los legitimarios, que son determinados parientes del causante que tienen derecho a una parte de los bienes de éste, si es que no los han recibido en virtud de un negocio jurídico gratuito... Las normas reguladoras de la legítima son de *ius cogens* –no disponibles por la voluntad del causante–... y de orden público... Por ello, todos los bienes hereditarios están afectos al pago de la legítima...».

«se califica como de reglamentación negativa, dado que la Ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución» de la porción legitimaria correspondiente a cada heredero forzoso (ex art. 763. 2.º CC: «*El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo*»)¹⁷. Asimismo, una más reciente STS (1.ª) 17 septiembre 2019 confirma el criterio de que nuestro «sistema legitimario no impide la validez de las disposiciones gratuitas realizadas a favor de los herederos forzosos y terceros, siempre que no perjudiquen a los otros colegitimarios (art. 819 CC)... El legitimario puede recibir por cualquier título apto su legítima... La expresión *por cualquier título*, a la que se refiere el art. 815 del CC, implica que al legitimario se le puede atribuir su legítima, tanto a título de herencia (institución de heredero o legado)..., o de donación...».

Por tanto, dada la efectiva libertad del causante de disponer de sus bienes *inter vivos*, tanto a título oneroso como gratuito, los posibles legitimarios no tienen acción para impugnar estos actos dispositivos en vida de aquél. Así, como ha venido estableciendo también nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo en la relevante Sentencia (1.ª) 30 marzo 1993, «los hijos no tienen interés en vida de sus padres para accionar solicitando declaraciones judiciales acerca de la naturaleza de los negocios jurídicos que concluyen, a fin de proteger sus expectativas sucesorias. Sólo cuando efectivamente sean legitimarios (lo que supone la muerte del progenitor, y capacidad para sucederle) pueden acudir a la acción de reducción de las donaciones que en vida hayan hecho, si merman sus derechos legitimarios. Pero en vida de los padres carecen de todo interés protegible mediante el acceso a la jurisdicción para controlar el uso y disposición del patrimonio de éstos a tales efectos». Del mismo modo, la importante STS (1.ª) 28 febrero 2004 parte de la falta de legitimación activa del legitimario en estos supuestos de

¹⁷ Como expone, p.e., ESPEJO LERDO DE TEJADA (*RADP*, 2006, p. 454), para «la Sentencia, a pesar de los términos del artículo 806 CC, la legítima no supone una reserva legal en beneficio de los herederos forzosos, puesto que, a despecho de esa pretendida reserva, en nuestro sistema el testador puede disponer de sus bienes, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, si bien al hacerlo debe respetar la intangibilidad cuantitativa del legitimario». Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA («Comentario al artículo 763 CC», 1982, p. 1), resume que: «... quien no tiene herederos forzosos, es decir, legitimarios, puede disponer de sus bienes como le plazca..., y que quien tiene legitimarios ha de someterse a la restricción constituida por las legítimas...»; de ahí que el artículo 636 CC «no limita ni condiciona la libre disposición del que carece de herederos forzosos, ya que principalmente va encaminado a impedir las donaciones inoficiosas, concepto que no es conciliable con la absoluta libertad de disposición de que goza quien no viene obligado a respetar derechos legitimarios» (NIETO ALONSO, 2016, p. 1).

disposiciones *inter vivos* del causante cuando resuelve que el «recurrente basa su legitimación en que la venta pública que impugna perjudica sus derechos legitimarios expectantes a la herencia de su madre, olvidando que la condición de heredero exige para su consolidación que se produzca el fallecimiento del causante (artículos 657 y 661 del Código Civil¹⁸), lo que da lugar a la apertura de la sucesión y ejercicio de los derechos sucesorios consecuentes a la vocación hereditaria (delación y adquisición), sin dejar de lado el derecho a desheredar del que puede hacer uso el testador en los supuestos previstos en los artículos 756, 852 y 853 del Código Civil». Finalmente, en idéntica línea, la clarificadora STS (1.ª) 12 mayo 2005 concluye, certeramente, que toda «persona tiene poder de disposición mientras vive, sobre todos sus bienes, por actos *inter vivos* onerosos o incluso gratuitos, sin perjuicio de que a estos últimos se les pueda aplicar la reducción por inoficiosidad. En ningún caso puede limitarse y, menos, aun, impugnarse actos *inter vivos* por razón de una sucesión futura que incluye la sucesión forzosa, es decir, las legítimas. Lo que significa que la libertad contractual y el poder de disposición son totales en la persona. Ya la sentencia (del Tribunal Supremo) de 11 de diciembre de 2001... tuvo ocasión de decirlo, en estos términos que ahora se reiteran: *los derechos sucesorios producen su eficacia por la muerte del causante y no pueden retrotraer sus efectos a momentos muy anteriores. Otra cosa atentaría contra el derecho a la libre disposición de bienes, convirtiendo los derechos legitimarios en una vinculación*» inadmisibles.

En igual sentido, en la llamada jurisprudencia menor, la SAP Alicante (9.ª Civil) 6 febrero 2018 recoge literalmente las consideraciones realizadas por la anteriormente citada STS (1.ª) 28 febrero 2004; y la SAP Córdoba (1.ª Civil) 3 noviembre 2011 consideró

¹⁸ El artículo 657 CC dice que: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*». El artículo 661 CC establece que: «*Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*». En la doctrina, p.e., BUSTO LAGO («Comentario al artículo 806 CC», 2009, pp. 1 y 5), resalta que el «derecho a la legítima nace con la apertura de la sucesión hereditaria», por lo que respecto de las «liberalidades realizadas en vida por el causante, estos negocios jurídicos no pueden ser impugnados por los legitimarios hasta el momento en que surja su derecho a la legítima... (Esto es, la) imposibilidad de disponer de los bienes que integran la legítima ha de ser entendida en sentido relativo y ello porque los actos dispositivos del causante a título gratuito realizados *inter vivos* son perfectamente válidos y eficaces, sin perjuicio de que se puedan reducir si en el momento de su fallecimiento lesionasen la legítima»; y ZURILLA CARIÑANA («Comentario al artículo 636 CC», 2009, p. 1), destaca que las donaciones hechas por el causante «producirán plenos efectos durante la vida del donante ya que su validez no será atacable hasta la muerte de aquél...». En efecto, ya hace mucho tiempo, DE FUENMAYOR CHAMPÍN (ADC, 1948, p. 47), advertía que había que «conciliar el principio de inviolabilidad de los derechos de los herederos forzosos con el respeto debido a la facultad de disponer *inter vivos* y a título gratuito del causante en tanto no lesione los antedichos derechos».

que, establecida legalmente la protección de las legítimas, a virtud del artículo 636 CC, «según el cual nadie puede dar o recibir por vía de donación más que lo que pueda por vía testamentaria... no precisa que se efectúe una expresa declaración de nulidad de la disposición gratuita efectuada *inter vivos*, puesto que, según pone de manifiesto la jurisprudencia (entre la menor puede mencionarse la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, de 15 de enero de 1997¹⁹) la donación que supera el límite legalmente establecido en los testamentos para preservar la legítima no es nula, sino inoficiosa, siendo el efecto propio de la estimación de la acción la reducción del acto realizado a título gratuito, en lo que exceda de dicho límite. Ello se desprende, también, de que dichas disposiciones surtan efecto durante la vida del donante, puesto que el artículo 651 del código, para el caso de que se redujera la donación por inoficiosa, establece que el donatario no devolverá los frutos más que desde la interposición de la demanda». En efecto, también en esta misma línea argumental, el artículo 654 CC establece expresamente que la reducción de las donaciones inoficiosas «*no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos*»²⁰.

Por su parte, la importante SAP Málaga (5.ª Civil) 31 marzo 2016 –también citada literalmente por la ya aludida SAP Alicante (9.ª Civil) 6 febrero 2018–, explica que debe «recordarse que, en vida, el futuro causante es libre, en términos generales, de disponer de sus bienes a título oneroso o gratuito como estime conveniente.

¹⁹ Esta indicada SAP Badajoz (2.ª Civil) 15 enero 1997 dice concretamente que: «La donación que vulnera lo establecido en el artículo 636 del Código Civil no es una donación nula o anulable y buena prueba de ello es que el propio legislador califica simplemente de inoficiosa la donación que supera los límites legales existentes para los testamentos, siendo la consecuencia de tal situación la reducción de la donación afectada por tal exceso de transmisión». En la doctrina ALBIEZ DOHRMANN (2014, p. 936), concluye que el «principal instrumento jurídico de defensa que tiene el legitimario frente a las disposiciones inoficiosas (donaciones y legados) es la acción de reducción. Además del ejercicio judicial de esta acción, la reducción se puede hacer valer antes en el momento en que se inician las operaciones hereditarias. Es una acción fundamental y necesaria para la protección cuantitativa de la legítima». Por su parte, MARÍN CASTÁN (2000, p. 229), señala que aceptando la legítima, el legitimario está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de reducción de disposiciones inoficiosas.

²⁰ ZURILLA CARIÑANA («Comentario al artículo 654 CC», 2009, p. 1), recuerda en esta concreta sede estudiada que, en «cualquier caso, la donación inoficiosa es una donación válida que produce, como establece el propio artículo 654, efectos en vida del donante (lo cual resulta lógico pues hasta la muerte de aquél no podrá comprobarse si la donación que hizo en vida perjudica las legítimas...». En idéntico sentido, entre otros muchos autores, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2016, p. 3), destaca que este precepto analizado no solo «establece la eficacia de la donación en vida del donante, sino también el reconocimiento de la libertad del causante para disponer en vida de su patrimonio como tenga por conveniente, siendo sólo a su muerte cuando, previa comprobación de la existencia de herederos forzosos y del caudal relicto, se tienen en cuenta las disposiciones de carácter gratuito a efectos de protección de los derechos de estos últimos».

Es cierto que conforme al artículo 636 del Código Civil nadie puede dar o recibir por donación más de lo que puede dar o recibir por testamento, reduciéndose en otro caso por inoficiosa, pero ello sólo podrá saberse y determinarse en el momento del fallecimiento del causante al que hay que remitirse para la estimación del caudal hereditario (colación de las donaciones a estos efectos) careciendo, entre tanto, los futuros legitimarios de cualquier acción para impugnar la validez de las transmisiones que el futuro causante pueda realizar, incluso de acciones meramente declarativas, de que las donaciones son inoficiosas. Así, por ejemplo, la ya antigua sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1993». Por último, como coloquialmente expresa la más reciente SAP Valencia (11.ª Civil) 11 diciembre 2019, «en vida de la causante ésta pudo disponer libremente de sus bienes como le viniera en gana;... ya que nuestro ordenamiento jurídico no exige mal vivir para dejar herencia a los descendientes, ya que ésta solo comprende los bienes y derechos de una persona que subsistan a su fallecimiento, no los que hubiera consumido en vida...».

Finalmente, en esta misma línea de razonamiento, la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado²¹, en su relevante Resolución 12 diciembre 2016, entendió, muy acertadamente, que: «A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que para que procedan todas y cada una de las operaciones señaladas es necesaria la presencia de un causante, por lo que vivo el donante no cabe plantearse problema alguno de colación o imputación, que difieren al tiempo del fallecimiento y de la partición tanto la colación como la imputación, la reducción por inoficiosa y la fijación de legítimas. No se olvide que la legítima no es un derecho latente, un derecho potestativo o una situación jurídica secundaria, sino tan solo un freno a la libre facultad dispositiva del testador o donante cuyos efectos se verán al tiempo del fallecimiento»²², momento en el que tiene lugar la sucesión hereditaria conforme a los ya mencionados artículos 657 y 661 del Código Civil.

²¹ La tradicional Dirección General de los Registros y del Notariado ha cambiado de denominación tras el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, pasando a llamarse actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

²² En este punto, BUSTO LAGO («Comentario al artículo 820 CC», 2009, p. 1), señala que la «necesidad de reducir las donaciones... es una cuestión de hecho que habrá de probar el legitimario que afirma la inoficiosa y solicita la reducción, lo que implica que pruebe el *quantum* del caudal hereditario... El momento en que debe apreciarse la inoficiosa de las donaciones que pretenden reducirse es aquel en que se lleva a cabo la partición de la herencia».

3. LA REGLA GENERAL DE IMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES REALIZADAS A LOS DESCENDIENTES QUE SEAN LEGITIMARIOS

Nuestro Código Civil, en su artículo 819, recoge unas únicas reglas esenciales relativas a la imputación de las donaciones en el haber hereditario del causante donante:

«Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima.»

Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad.

En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.»

Como puede observarse, este inicial artículo 819 CC contiene, en su primer párrafo, una regla general de imputación de las donaciones en el patrimonio hereditario, a saber, que las liberalidades *inter vivos* hechas a los hijos –o mejor dicho aun, a los descendientes–, que tengan la condición de herederos forzosos, se imputan primeramente en la cuota legitimaria estricta que les corresponda²³. Ello será así salvo que conste claramente la voluntad del donante de imputarlas en el tercio de libre disposición o expresamente se le haya dado a la donación carácter de mejora (*ex arts. 823 y 825 del CC*²⁴).

En cuanto a las donaciones inoficiosas o excesivas, conforme al párrafo tercero del comentado artículo 819 CC, hay que señalar que, también a tenor del ya citado artículo 636 del mismo cuerpo legal y según recoge la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, «la donación es inoficiosa únicamente cuando excede en su cuantía de lo que el donante podía dar al donatario por testamento y tal determina-

²³ VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 819 CC», 1982, p. 7), puntualiza que aunque «el artículo 819 sólo contrapone las donaciones hechas a los hijos y las efectuadas a favor de extraños,... debe aplicarse con igualdad de *ratio* a la imputación de las donaciones otorgadas a favor de otros legitimarios que debe efectuarse a su respectiva legítima si el causante no hubiere dispuesto otra cosa» claramente.

²⁴ El artículo 823 CC dispone que: «*El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima*». El artículo 825 CC establece que: «*Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar*». *Vid.*, en este punto, VELA SÁNCHEZ, RDC, 2018, p. 336. Como explica, acertadamente, RAGEL SÁNCHEZ (2013, p. 6021), por medio de la imputación «se trata de averiguar si las atribuciones realizadas en vida y las efectuadas *mortis causa* cubren la parte que corresponde a cada uno de los legitimarios y, en caso de que sobrepase el mínimo legal que supone la legítima estricta, decidir si el exceso se cubre con el tercio de mejora, con el tercio de libre disposición o ambos a la vez. En otras palabras, se trata de conocer a qué parte de la herencia –legítima estricta, mejora o libre disposición– van las disposiciones efectuadas por el causante tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa*».

ción hay que remitirla al momento de la partición a la que habrá de traerse el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (art. 1045 CC), a fin de integrar la masa hereditaria con el *relictum* más el *donatum* a efectos de poder calcular las legítimas de los restantes herederos forzosos y comprobar si la donación las ha perjudicado causando su minoración» [SSTS (1.ª) 21 abril 1997 y 11 octubre 2005]. Por consiguiente, como confirma, en la llamada jurisprudencia menor, la ya mencionada y relevante SAP Córdoba (1.ª) 3 noviembre 2011, es «obligado, antes de poder efectuarse la ponderación de si debe o reducirse una donación por inoficiosa, establecer cuál es el valor líquido de los bienes del donante y haber fijado previamente la legítima», de manera que el que «el donante haya declarado no inoficiosa a la que hace con dispensa de colación no impide en absoluto la aplicación de las normas protectoras de la legítima por su carácter imperativo, entre ellas las de reducción de donaciones (art. 636 CC)» [*vid.*, también, en igual interpretación, por ejemplo, la SAP Madrid (8.ª Civil) 18 mayo 2009].

En definitiva, puede mantenerse como regla general (*ex* mencionado art. 819. 1.º CC) que toda donación recibida por un descendiente legitimario se atribuye, en primer lugar, al pago de su legítima estricta [SAP Barcelona (14.ª Civil) 26 febrero 2015] porque las mejoras no se presumen en esta específica sede jurídica. Este criterio apuntado se confirma en el esencial y ya citado artículo 825 CC, según el cual la donación a favor de un hijo o descendiente, que sea heredero forzoso, solo puede imputarse al tercio de mejora si el donante así lo declara «*de una manera expresa*», de modo que, como explica, adecuadamente, la STS (1.ª) 29 mayo 2006²⁵, a tenor de dicho precepto, la mejora «exige no sólo voluntad de donar en el donante sino algo más, y es la voluntad inequívoca de mejorar, aunque no se emplee la palabra mejora» literalmente. En efecto, como también explica la ya indicada e instructiva SAP Toledo (1.ª Civil) 29 junio 2007, la «Jurisprudencia determina que para expresar estas voluntades de *mejorar* o *dispensar de la colación* no es preciso que se utilicen literalmente estos términos gramaticales pero sí que es necesario que del clausulado sea patente la voluntad en tal sentido, siendo que la mejora no se presume (art. 819 y 825 C. Civil) y que la dispensa de la colación es una excepción a la regla general que no puede presumirse concurrente salvo que conste de forma patente...» en el correspondiente instrumento jurídico otorgado por el Notariado.

²⁵ Respecto de esta importante STS (1.ª) 29 mayo 2006, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2016, p. 4) explica que nuestro Alto Tribunal «sostiene la posible inoficiosidad de la donación a favor de un hijo, sí, tras la imputación a su legítima, excede de este tercio y se imputa dicho exceso al tercio de libre disposición», de manera que es el exceso sobre la parte libremente disponible de la herencia «el que será objeto de reducción».

Ahora bien, la cuestión esencial está en aclarar qué sucede si la donación realizada excediere de la cuota de legítima estricta del donatario que sea heredero forzoso. Teniendo en cuenta el propio artículo 819. 1.º y 3.º y también el comentado artículo 825, *a contrario*, del Código Civil, que parte, repito, del carácter expreso de la mejora, debe entenderse que, al no poder incluirse en el tercio de mejora, el exceso se imputará en la parte de libre disposición hereditaria y, si aún lo sobrepasara, se reduciría la cantidad sobrante por entenderse inoficiosa, sin que, como también entiende, a mi juicio, la mejor doctrina, pueda mantenerse su carácter de mejora tácita²⁶. Así, por ejemplo, entre otras, la STS (1.ª) 23 febrero 2006 consideró que la donación hecha a un legitimario era «inoficiosa en cuanto a que su valor, al día de su fallecimiento (el del causante)... excede del valor del tercio de libre disposición»; añadiendo la ya mencionada y relevante STS (1.ª) 29 mayo 2006 que, en estos casos, como el donante no puede «disponer por vía de donación más de lo que podía disponer por testamento, que era un tercio de sus bienes (art. 654 CC)... (sus legitimarios no donatarios) tienen derecho a la legítima larga, o dos tercios de la herencia (art. 808 CC)»; y confirmando la STS (1.ª) 2 julio 2007 que no procedía «la inoficiosidad alegada en la demanda de las donaciones hechas en vida por el causante, ... puesto que el exceso sobre la cuota legitimaria de los donatarios cabía perfectamente en el tercio de libre disposición». Más recientemente, la aclaratoria STS (1.ª) 27 de junio 2019 confirma que el «orden de imputa-

²⁶ Para TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO (2011, p. 1868), si «la donación se pudiera imputar sin más, en cuanto al exceso, al tercio de mejora, resultaría que el carácter o no de mejora de una donación se haría depender de las operaciones previstas en el artículo 818 CC, a realizar en el momento de fallecer el causante. De esta manera se podría dar la paradoja de que una donación se pudiera considerar mejora, no en función de la voluntad expresa o tácita del causante, sino de su situación patrimonial en el momento de la apertura de la sucesión, por lo que podrían aparecer mejoras involuntarias, que sin duda no permite el artículo 825 CC». En este mismo sentido, p.e., GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2006, p. 387), entiende que no «es aplicable la mejora tácita del artículo 828, porque la donación se imputa a la legítima del mejorado, según el artículo 819, ..., y exige, cuando se pretenda mejorar, que se haga el concepto de mejoras y el 825 exige que la mejora se otorgue de una manera expresa, es decir, más claridad, menos dudas, en actos *inter vivos*, que tienen algún efecto sucesorio, que en los testamentos, que esencialmente se contemplan solamente efectos *mortis causa*». En cambio, entre otros autores, BERROCAL LANZAROT (RAC, 2014, p. 11), considera que aunque «el causante no haya declarado que la donación sea imputable a la mejora, cuando se constate su voluntad de dejar a determinados donatarios descendientes más de lo que les corresponde y no quepa la atribución en el tercio de libre disposición, esa voluntad sólo puede ser cumplida mediante la imputación de la donación al tercio de mejora. Todo es una cuestión de interpretación sistemática o integradora de la sucesión hereditaria en su conjunto... que, debe venir presidida por la regla o principio de la preponderancia de la voluntad del testador»; y ZURILLA CARIÑANA («Comentario al artículo 825 CC», 2009, p. 1), defiende que una «donación, aun no hecha como mejora, también puede ser imputada al tercio de mejora después de agotada la legítima del donatario y el tercio libre... (porque) reductibles no son más que las donaciones inoficiosas (art. 654), y como no son inoficiosas sino las que el donante hubiese hecho dando más por donación de lo que podía dar por testamento (art. 636), no será inoficiosa la donación que da lo que se pudo dar o dejar por mejora».

ción de las donaciones a los hijos, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 819 CC es, primero a su legítima y, en lo que exceda de su cuota legitimaria, como dice la sentencia 502/2006, de 29 de mayo..., los legitimarios deben ser tratados como extraños, es decir, que el exceso ha de imputarse a la parte de libre disposición, y es el exceso sobre esta parte el que será objeto de reducción», sin que pueda admitirse en este punto la llamada mejora tácita.

4. IMPUTACIÓN DE LAS DONACIONES DECLARADAS NO COLACIONABLES

4.1 **Idea fundamental inicial: el carácter no colacionable de la donación no impide que se compute su importe para fijar la legítima correspondiente**

En efecto, en primer lugar hay que partir de que la dispensa de colación de la donación de inmuebles realizada en escritura pública no puede imposibilitar que se compute su cuantía para calcular la legítima de todos los herederos forzosos, pues, a tenor del fundamental artículo 813. 1.º del Código Civil, el «*testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*», norma primordial que quiere proteger la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima legal, y que está íntimamente relacionada, como se verá con detalle a continuación, con los primordiales artículos 818 y 1035 del CC, de manera que puede partirse de la consideración fundamental de que para calcular el patrimonio hereditario final, al *relictum* –esto es, a los bienes existentes en la herencia al tiempo del fallecimiento del causante–, debe añadirse el *donatum*, es decir, las liberalidades realizadas en vida por el finado²⁷.

Además, hay que destacar que, como también mantiene la jurisprudencia, esta obligación de colacionar «sólo puede corresponder al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean» [STS (1.ª) 3 junio 1965 –que habla de «conurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión»–, STS (1.ª) 17 marzo 1989, SAP Bada-

²⁷ Por ello es muy criticable que la ya citada STS (1.ª) 20 julio 2018 parta de la idea equívoca de que la «dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios». El criterio cardinal que debe tenerse en cuenta en esta sede, como establece, p.e., la SAP Salamanca (1.ª Civil) 5 junio 2017 –y después se confirmará con numerosas otras sentencias tanto del Tribunal Supremo, como de la jurisprudencia menor–, es que, acreditada fehacientemente «la realidad de la donación... efectuada por el causante...», a los efectos del artículo 818 se han de incluir todas las atribuciones a título gratuito, pues el patrimonio hereditario del causante se determina sumando el *relicta* con el *donatum*, sin perjuicio de que en un estadio posterior se determine» si la liberalidad es o no inoficiosa por lesionar la legítima de los demás herederos forzosos.

joz (1.ª Civil) 21 febrero 2000, citada ya SAP Córdoba (1.ª Civil) 3 noviembre 2011 y SAP La Coruña (4.ª Civil) 24 abril 2014 que concluye en este punto: «... la colación únicamente procede en el supuesto de que concurran a la herencia una pluralidad de herederos forzosos». En efecto, a tenor de lo dispuesto en el sustancial artículo 1035 CC, el «*heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*». Por ello, como subraya la notable SAP Valladolid (1.ª Civil) 7 febrero 2003, es esencial que quede acreditada, convenientemente, la existencia de la liberalidad realizada en vida por el causante, pues, si se niega su existencia, alegándose por el presunto donatario que se trataba, en realidad, de un negocio oneroso *inter vivos*, «no se trata(ría), propiamente, de si la cantidad (o cosa) percibida, perjudicaría o no la legítima o si procedería su reducción en lo que excediera de tales límites... sino que de lo que se trata(ría) es la procedencia o no, de traer a la masa hereditaria, tales cantidades (o bienes), para su cómputo en el activo hereditario, lo que supondría, de otro lado (y en su caso), el consiguiente incremento de la cuantía de la legítima, a corresponder a los herederos forzosos...».

De esta manera, como explica la ya mencionada y relevante STS (1.ª) 17 septiembre 2019 –seguida literalmente por la más reciente STS (1.ª) 5 noviembre 2019–, el fundamento de la institución de la colación «radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo²⁸ por un heredero forzoso debe entenderse, salvo

²⁸ La STS (1.ª) 21 abril 2003 confirmó que la «obligación de colacionar queda limitada a los bienes recibidos por dote, donación u otro título lucrativo y no alcanza a los adquiridos del causante por título oneroso en contrato válido y eficaz, como ha proclamado la Sentencia de 6 de abril de 1998...». La SAP Pontevedra (1.ª Civil) 6 septiembre 2002, estableció que respecto de las onerosas, «la donación sólo puede ser colacionable en lo que exceda del gravamen impuesto». En la doctrina, VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 818 CC», 1982, p. 27), explica que por donaciones computables deben entenderse «los actos o negocios de *mera liberalidad*, denominación con la que el artículo 1274 C. c. tipifica las de causa gratuita que producen el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra, que dicha causa justifica... Así, se deben computar las deudas condonadas –conforme determina el art. 1.187, § ap. 1, C. c.–, la renuncia gratuita a favor de uno de los coherederos –prevista en el art. 1.000, n.º 2; C. c.– y el negocio de fundación o cualquier dotación fundacional». En igual sentido, LETE ACHIRICA y LLOBET AGUADO (2011, p. 2557), indican que las «donaciones indirectas son colacionables, y en general lo son aquellas atribuciones que tienen la impronta del espíritu de liberalidad... (como) lo gastado en primas de un seguro de vida a favor de los herederos forzosos...». Por su parte, DOMÍNGUEZ LUELMO («Comentario al artículo 1035 CC», 2016, pp. 4-5), expone que aunque «el supuesto más habitual en la práctica será el de las *donaciones*, ... deben colacionarse igualmente los bienes o valores recibidos por *cualquier otro título lucrativo*... (Por ello, en el concepto de donación habrá de comprenderse tanto las que se llaman propias, incluidas en el art. 618 CC, como las impropias que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes...». Finalmente, en

disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurra con otros herederos de tal condición» (*vid.*, también, la citada SAP Toledo (1.ª Civil) 29 junio 2007); habiendo ya declarado la STS (1.ª) 19 febrero 2015 –criterio asumido, por ejemplo, por la ya aludida STS (1.ª) 5 noviembre 2019 y la citada SAP Zaragoza (2.ª Civil) 28 diciembre 2017–, que el importante artículo 1035 CC «refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto (colación) basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de la legítima, ... sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar», en cuyo caso resulta clara la intención del donante de beneficiar a un legitimario frente a los demás, pero no le exime de traer a la masa hereditaria la liberalidad recibida *inter vivos* del causante. Como también dijo la relevante STS (1.ª) 19 junio 1978, «la finalidad de la colación de bienes tiende a defender la intangibilidad de la legítima y, por ello, a la igualdad entre los herederos forzosos, en el supuesto de alteración de esa igualdad, por las causas establecidas en el art. 1035 del CC, ya que, en principio y en este caso la voluntad del causante es que haya igualdad entre los legitimarios»; razonamiento principal que recoge, igualmente, por ejemplo, la STS (1.ª) 11 octubre 2012, cuando expone que la llamada colación «responde a la idea de que, existiendo varios legitimarios, se supone legalmente que lo que hayan recibido gratuitamente en vida del causante, es un anticipo de la legítima, por lo que tienen que agregarlo intelectualmente en la partición, a los efectos de su intangibilidad»; y la STS (1.ª) 13 marzo 2014 que mantiene que la «colación, por su propia naturaleza, supone traer a la masa hereditaria aquello que se percibió anticipadamente y que pertenece al caudal en cuanto ha de ser repartido entre todos los herederos». En efecto, como apostilla, en la jurisprudencia menor, la ya mencionada y notable SAP Zaragoza (2.ª Civil) 28 diciembre 2017, en nuestro ordenamiento jurídico, la institución jurídica de la colación supone «la presunción legal de que lo donado a los herederos forzosos se hizo a cuenta de su cuota hereditaria con el objeto de procurar entre ellos una proporción entre sus cuotas, si bien tal presunción cabe que se desvirtúe en base a esa exoneración a realizar por el causante» mediante indicación de dispensa expresa de colación o a través de declaración de mejora tam-

este punto, la SAP Asturias (6.ª Civil) 16 julio 2018, recuerda que tanto «la jurisprudencia (STS de 24 de julio de 1997) como el legislador exigen prueba suficiente de la transmisión gratuita. O, dicho de otra forma, la presunción favorece la onerosidad de todo negocio, por lo que la carga de la prueba de la gratuidad invocada corresponde a quien la alega. Quien dice ser donatario, quien mantiene haber recibido bienes a título gratuito, por pura liberalidad del transmitente, debe acreditarlo cumplidamente, *debiendo sufrir quien invoca la gratuidad las consecuencias perjudiciales de su falta de prueba...*».

bién explícita que, no obstante, no evitará la obligación de traer la donación al caudal hereditario para su cómputo, conforme a lo dispuesto en el artículo 818. 2.º CC: «... Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables».

En definitiva, la obligación de colacionar implicará una menor participación de uno o varios herederos forzosos en el patrimonio hereditario final, equivalente a lo que recibieron gratuitamente en vida del causante, y no evitará las operaciones de computación e imputación, de manera que para el cálculo de la legítima se tomará el valor del *relictum* –lo que quede en la herencia– y el valor del *donatum*, comprendiéndose en este último todas las donaciones realizadas en vida por el causante, incluidas las declaradas expresamente no colacionables. Así, las «normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el *de cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC) –citada STS (1.ª) 17 septiembre 2019–. En consecuencia, como concluye la STS (1.ª) 21 enero 2010, la «donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario» (*ex* art. 818 CC); por ello, como completa la ya aludida y muy didáctica SAP Madrid (8.ª Civil) 18 mayo 2009, «aunque en la escritura pública de donación se declara a la misma no colacionable de un modo expreso, ha de ser computada en el activo hereditario junto a los bienes dejados por los causantes para hallar el valor de las legítimas y deducir de ello si son oficiosas o no, en cumplimiento del artículo 818 del CC», defensor de la legítima de los herederos forzosos; apostillando en este punto la SAP Valencia (6.ª Civil) 29 mayo 2014 que mientras «se pueda o no declarar inoficiosa la donación, o se determine si tiene o no cabida, o excede del tercio de mejora, de libre disposición, y de legítima estricta del beneficiario... , será necesario tener en cuenta el valor de los bienes donados... a fin de integrar la masa hereditaria con el *relictum* más el *donatum* a efectos de poder calcular las legítimas...».

Pues bien, este criterio fundamental de que la donación declarada no colacionable también se computa para fijar la legítima ha sido recogido, reiteradamente, por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo –en su Sala 1.ª de lo Civil–, así, entre otras muchas, pueden citarse las siguientes Sentencias: 19 julio 1982²⁹, citada 17

²⁹ La colación «tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas, acepción contemplada por el art. 818 del dicho Código... por consiguiente, la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de

marzo 1989³⁰, 21 abril 1990³¹, 22 febrero 2006³², 15 junio 2007³³, 18 octubre 2007³⁴, 24 enero 2008³⁵, mencionada 21 enero 2010³⁶, aludida 19 febrero 2015³⁷, citada 17 septiembre 2019³⁸, etc.

la herencia, en tanto el causante no dispense de ella, siempre dejando a salvo el régimen de legítimas, lo que lleva consigo que la imputación, precisa para determinar las legítimas, se impone incluso sobre la voluntad del testador...».

³⁰ «La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el art. 813 del Código Civil... (por lo que la) donación debe reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas...».

³¹ «... entendiendo el término *colacionables* en un sentido amplio que permite incluir en el mismo todas las donaciones hechas, sin perjuicio de que pudiesen o no resultar inoficiosas, para cuya declaración es preciso, como paso previo, el cálculo del montante total hereditario...». En la doctrina, BADENAS CARPIO (2009, pp. 137-138), explica que tanto «si la liberalidad ha sido dispensada como si no, habrá de tenerse en cuenta tal donación para determinar si conculca o no el derecho a la legítima de los herederos forzosos»; igual criterio adoptado ya por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1990, p. 240.

³² «... la expresión *colacionables* no cabe interpretarla en un sentido rigurosamente técnico, y, en esta hermenéutica, deben incluirse en el cálculo cualquier clase de donaciones», de modo que no se prescinde de las donaciones no colacionables «en el inventario general de los bienes del causante para imputarlas donde resultase preciso».

³³ «Esa liberalidad es computable para determinar las legítimas de los hijos de la causante... (art. 818 Cód. civ.), aunque estrictamente no sea colacionable, en el sentido específico del art. 1.035 Cód. civ., ya que aquella prohibió en su testamento la colación de las donaciones que hubiere hecho. Es un lugar común en la doctrina que el término *colacionables* que emplea el art. 818 no se circunscribe a las que estrictamente tengan ese carácter».

³⁴ «... la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria... (Por tanto, no se ha) vulnerado el artículo 818, por entender el término *colacionables* en un sentido amplio que permite incluir en el mismo todas las donaciones hechas, sin perjuicio de que pudiesen o no resultar inoficiosas, para cuya declaración es preciso, como paso previo, el cálculo del montante total hereditario».

³⁵ «El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil...». En base a las consideraciones de esta Sentencia, la también STS (1.ª) 29 noviembre 2012 afirmó que la donación remuneratoria también se computa a efectos de la fijación de la legítima, pues el «*donatum* comprende, a efectos del cómputo de la legítima, todas las atribuciones a título gratuito».

³⁶ «... hay que recordar que todas las donaciones, colacionables o no, deberán incluirse en el cómputo del *donatum* al efecto de cálculo de la legítima, como han aclarado las sentencias de 21 de abril de 1990 (se «interpretó correctamente el artículo 818 del Código Civil, entendiendo el término *colacionables* en un sentido amplio que permite incluir en el mismo todas las donaciones hechas, sin perjuicio de que pudiesen o no resultar inoficiosas, para cuya declaración es preciso, como paso previo, el cálculo del montante total hereditario»); 28 de mayo de 2004, 14 de diciembre de 2005. No hay duda, pues, que en el cómputo de la legítima se ha de añadir el valor de las donaciones hechas por el causante: sentencias de 28 de mayo de 2004, 28 de septiembre de 2005, 14 de diciembre de 2005 y la de 24 de enero de 2008... (De manera que la) donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario...».

³⁷ El artículo 818 CC «no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código Civil...».

³⁸ «... mediante la computación se agrega al caudal relicto del causante todas las donaciones realizadas por el mismo en vida; pues, de no llevarse a efecto tal operación, se podría atentar contra el principio de la intangibilidad de las legítimas, que se vería lesionada si el causante dispusiera *inter vivos*, por actos gratuitos, de la totalidad de sus bienes, de

En esta misma línea, entiende, igualmente, la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, en su ya citada y relevante Resolución 12 diciembre 2016, que cuando el párrafo segundo del artículo 818 del Código Civil utiliza la expresión *colacionables*, refiriéndose a las donaciones realizadas en vida por el causante, lo hace, evidentemente, en sentido impropio, pues «el precepto quiere decir computables, pues si a la expresión *colacionables* se le diera el sentido técnico del artículo 1035 del Código Civil, ... (no todas las donaciones o liberalidades) deberían tenerse en cuenta para saber si la donación ha sido inoficiosa, cuando no hay duda de que la regla contenida en el párrafo segundo tiene, precisamente, esa finalidad, averiguar el *quantum* global mediante la suma del valor de las donaciones *inter vivos* al patrimonio relicto neto» del finado³⁹.

Finalmente, también en la llamada jurisprudencia menor, entre muchas otras resoluciones judiciales importantes recaídas en esta específica materia, la ya mencionada y relevante SAP Córdoba (1.ª Civil) 3 noviembre 2011 explica, muy adecuadamente a mi modo de ver, que se «agregan al caudal relicto del causante todas las donaciones realizadas por el mismo en vida, pues, de no llevarse a efecto tal operación, se podría fácilmente atentar contra el principio de la intangibilidad de las legítimas, si el causante, por ejemplo, dispusiera *inter vivos* por actos gratuitos de la totalidad de sus bienes, de manera tal que nada restase para repartir entre sus herederos forzosos»; la ya aludida también SAP Huelva (2.ª Civil) 20 noviembre 2012 resuelve que la «dispensa de colación no significa que se haya de prescindir de ella en el inventario para imputarla donde corresponda, para saber si el causante se ha extralimitado en sus facultades... El que el donante haya declarado no inoficiosa a la que hace con dispensa de colación no impide en absoluto la aplicación de las normas protectoras de la legítima por su carácter imperativo, entre ellas las de reducción de donaciones inoficiosas (art. 636 Cód. civ.)»; la SAP Murcia (1.ª Civil) 2 diciembre 2014 defiende que, existiendo «dispensa de la colación, una vez que se compruebe que la donación no es inoficiosa, la

manera tal que nada restase para repartir entre sus herederos forzosos, o lo hiciera de forma tal que les quedara a sus legitimarios una participación inferior a la que legalmente les corresponde según su grado parentesco con el causante».

³⁹ En este sentido, p.e., entre otros, CLEMENTE MEORO (2014, p. 784), también concreta que el artículo 818 «no utiliza el término *colacionables* en el sentido de los arts. 1035 y ss., dedicados a la colación propiamente dicha, y que sería más correcto hablar de *donaciones computables*. En efecto, para calcular la legítima no son agregables sólo las donaciones hechas a los legitimarios, que son las *colacionables*, sino todas las realizadas por el causante en vida... y también las transmisiones que hiciera a título gratuito, aunque no sean donaciones»; pues, como se concluye en este concreto punto, el artículo 818 CC «no realiza una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación» (GARRIDO DE PALMA, 2019, p. 13).

misma debe ser tratada como cualquier donación a extraños conforme al 819 del Código Civil; pero la solución es distinta para el caso de que pueda ser declarada inoficiosa...»; y, finalmente, la reciente SAP Palencia (1.ª Civil) 14 noviembre 2019, concluye que, en «definitiva, deben de agregarse todas las donaciones al haber inicial hereditario *relictum* para calcular y saber el haber partible y sin excepción y sin adelantar las operaciones de computación, imputación y en su caso reducción. En la fase de inventario todo lo donado se agrega a lo existente y se trae para la conformación del haber partible y solo en momento posterior (fase de división y adjudicación) se pueden computar o no computar las donaciones en función de la dispensa o no de colación y solo en un momento posterior se puede imputar en función de que haya o no inoficiosidad y solo esta última operación puede llevar a reducir o no el haber de alguno de los herederos-legitimarios-donatarios; y siempre que la suma de todo lo recibido a título gratuito exceda de su cuota legitimaria...».

4.2 Criterios de imputación de la donación no colacionable

4.2.1 *Pauta fundamental*

Respecto de la esencial cuestión de la imputación de la donación hecha en vida por el causante con dispensa expresa de colación, hay que partir del postulado cardinal de que como el donante quiere un beneficio evidente para el donatario, parece lógico que debe entenderse que primero se hace la imputación de la liberalidad a la parte disponible de la herencia y, después, a la legítima estricta que legalmente corresponda al heredero forzoso donatario, porque se ha querido alterar por el causante la regla general de imputación del artículo 819 del Código Civil. Por otra parte y naturalmente, el posible exceso se reducirá por inoficioso (*ex art. 819.3.º CC*), por no poder imputarse, en principio, en el tercio de mejora, conforme al fundamental –en esta sede de imputación de donaciones– artículo 825 CC, que exige que la mejora se haya hecho de forma expresa⁴⁰.

En esta razonable línea argumental encontramos, entre otras resoluciones judiciales, la ya citada y aclaradora STS (1.ª) 22 febrero 2006 que, siguiendo a la también mencionada STS (1.ª) 21 abril 1997, razona que cuando el testador dispone que no procede

⁴⁰ *Vid.*, p.e., entre otros autores, VELA SÁNCHEZ (*RDC*, 2018, p. 341), quien recuerda que el carácter no colacionable de la donación realizada en vida «también puede establecerse por el causante en su testamento, *ex art. 1037 CC*...».

la colación, «lo que hay que entender es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima» correspondiente al heredero forzoso y sí «en la (porción) de libre disposición» [vid., en igual sentido, por ejemplo, la importante SAP Madrid (21.^a Civil) 31 mayo 2012]. Esta argumentación parece también estar contenida en la antedicha y didáctica SAP Huelva (2.^a Civil) 20 noviembre 2012 cuando transcribe literalmente el discernimiento de la esencial STS (1.^a) 19 mayo 2008 que determinaba que si «la donación fuese inoficiosa, no por ello pierde eficacia la dispensa de colación. El art. 1.036 lo que ordena, en consonancia con el carácter imperativo de las normas sobre las legítimas, es que se reduzca la donación, no que toda ella sea colacionable. Salvaguardada la legítima de otros herederos forzosos, y si quedare algún resto, sobre él ha de recaer la dispensa de colación porque nada hay ya que proteger imperativamente. Por tanto, si hubiese inoficiosidad y dispensa de colación, el donatario ha de ver reducida la donación solamente en la medida necesaria para el pago de las legítimas lesionadas», entendiéndose, en principio, que debe tratarse de la protección de la legítima larga de los herederos forzosos, esto es, legítima estricta y mejora –vid., igualmente, en esta línea, SAP Toledo (2.^a Civil) 21 junio 2017–, pues, no se olvide, el postulado fundamental en esta sede de imputación de liberalidades realizadas por el causante *inter vivos* es que la mejora debe ser expresa, pues no se presume (*ex art. 825 CC*).

4.2.2 *La donación con dispensa de colación no implica, por sí sola, mejora tácita o presunta*

A mi juicio, y en primer lugar, hay que partir de que la simple demostración de que la donación no es colacionable no prueba nada en relación con su carácter de mejora tácita o presunta⁴¹. En efecto, la donación hecha *inter vivos* por el causante con dispensa de colación ya implica un evidente beneficio para el donatario pues va a

⁴¹ ALBALADEJO GARCÍA (2003, p. 153), diferencia la mejora tácita, que «sin especificarlo así, no obstante, de la declaración por la que se atribuye el beneficio se sigue que el disponente lo quiere como mejora», y la mejora presunta, que «sin que el beneficio sea mejora, ni consta por declaración expresa del mejorante ni se deduce de lo que el mismo haya dispuesto pero, sin embargo, no cabe sino estimar que sea mejora, porque partiendo de que el beneficio es querido, no cabe mantenerlo sino como mejora». CÁMARA LAPUENTE (2011, p. 905), también distingue entre mejora tácita, en la que «el mejorante no utiliza esas palabras, pero su voluntad en este sentido se infiere claramente de sus actos conscientes y expresos», y mejora presunta, en la que «no existe voluntad comprobada del concreto causante de querer mejorar, sino que supone la conjetura más verosímil entre las posibles, pero no absolutamente segura, de lo que podría querer un donante cuando la liberalidad excede de lo que cabe imputar en la parte de libre disposición».

poder imputar la liberalidad, en primer término, a la parte de libre disposición de la herencia, y solo después a su cuota legitimaria correspondiente legalmente, pero entiendo que esta situación no va a conllevar, necesariamente, una mejora tácita o presunta para el favorecido, pues, como también sostiene la mayoría de la doctrina, ello es contrario, no se olvide, al principio general de la mejora expresa contenido en el citado y fundamental –en esta sede de imputación de liberalidades realizadas en vida del causante– artículo 825 del Código Civil⁴²; confirmando –en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal–, la ya nombrada STS (1.ª) 27 junio 2019 que la mejora «mediante donación (como dice el art. 825 CC, a diferencia de lo que sucede con los legados que no caben en la parte libre, conforme al art. 828 CC⁴³) siempre debe ser expresa...» y no se presume; discernimiento que recoge literalmente la también mencionada ya STS (1.ª) 17 septiembre 2019, sin olvidar tampoco la primordial y paradigmática, en esta cuestión, STS (1.ª) 19 mayo 2008, ya aludida y analizada en el apartado anterior.

En esta misma línea, en la que vengo llamando jurisprudencia menor –con todo respeto y únicamente por estrictas razones de jerarquía–, además de las resoluciones expuestas también en el apartado precedente, nos encontramos con la ya citada y fundamental SAP Valencia (7.ª Civil) 1 abril 2011 que parte de una donación inmobiliaria hecha *inter vivos* a un heredero forzoso en escritura pública con dispensa expresa de colación, pero «sin ninguna mención sobre la imputación de la misma». Pues bien, partiendo del referido y cardinal, en esta sede, artículo 825 CC, la Audiencia declara, acertadamente, en su resolución, que basta «la lectura del precepto citado para constatar que ninguna mención hizo la donan-

⁴² Al aplicarse la exigencia del artículo 825 CC de que «no se puede considerar mejora una donación mientras no se haya expresado por el donante la voluntad de mejorar» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, *RADP*, 2007, p. 3, y VELA SÁNCHEZ, *RDC*, 2018, p. 342). Ya MANRESA Y NAVARRO (1956, p. 562), defendía que la donación «cuya colación se dispensa, se entenderá imputable al tercio libre por no presumirse el carácter de mejora», de manera que solo «puede imputarse al tercio de mejora si expresamente se le señala con carácter de mejora». Por su parte, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2006, p. 181), mantiene que la «dispensa de colación es la imputación de la donación a la cuota libre». En igual sentido, entre otros autores, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1990, p. 386), GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*ADC*, 1995, p. 1151), quien expone que si el causante «dona con dispensa de colación, y el valor de la liberalidad excede del tercio libre, el exceso se reduce por inoficioso (siempre que esté cubierta la legítima estricta del donatario)»; HIDALGO GARCÍA (2002, pp. 5304 y ss.), ROMERO VIEITEZ (1936, pp. 112-113), etc.

⁴³ Artículo 828 CC: «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre». En la línea argumental esgrimida en el texto, niega en esta sede ESPEJO LERDO DE TEJADA (*RADP*, 2007, p. 7), que la «excepción establecida en el último inciso del artículo 828 pueda extenderse a las donaciones, porque ello supondría eliminar la necesidad de que la mejora por acto *inter vivos* sea ordenada por la expresa voluntad del causante».

te sobre la imputación de la misma al tercio de mejora, por tanto, no cabe efectuar tal imputación, sino que se ha de reducir en cuanto no respete la legítima de la (heredera forzosa)..., la mitad de los dos tercios de la herencia (legítima larga). Estos mismos razonamientos impiden que podamos interpretar como mejora, el carácter no colacionable de la donación,... como nos indica el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de Mayo de 2008...». En definitiva, concluye la Audiencia Provincial, aplicados «los preceptos citados (636, 825 y 1036 del CC) y su interpretación jurisprudencial... no existe una expresa voluntad de mejorar, y la dispensa de colación no puede equipararse a ella».

Ahora bien, debe reconocerse que la dispensa expresa de colación de la donación *inter vivos* podría completarse con el llamamiento como heredero universal al propio donatario legítimo —y no a los demás herederos forzosos—, en cuyo caso, como ha reconocido alguna vez la jurisprudencia, ello supondría, ahora sí más visiblemente, una verdadera mejora tácita. En esta línea indicada, la significativa STS (1.ª) 29 julio 2013 dijo que en «el contexto interpretativo de la declaración de voluntad que comporta el artículo 825 del Código Civil, claramente contrario a la admisión de la mejora meramente presunta, debe señalarse que la declaración de una manera expresa de la voluntad de mejorar, entendida como una declaración inequívoca, queda complementada en la donación con expresa dispensa de colación al quedar patente que se pretende un beneficio exclusivo para ese legítimo, que resulta mejorado», de manera que el «fenómeno interpretativo no deba circunscribirse sólo a la cuestión interpretativa del negocio *inter vivos* de la donación, sino que alcance a los hechos determinantes que configuraron la sucesión testamentaria del donante...». Así, por ejemplo, si el donatario descendiente con dispensa de colación ha sido instituido heredero en la herencia correspondiente y no los demás herederos forzosos; y todo lo anterior, por cuanto «en orden a la imputación de la donación con dispensa de colación la valoración normativa tampoco debe discurrir por el cauce de una interpretación restrictiva o limitativa de la voluntad real del disponente». En idéntico sentido, por ejemplo, la STSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal) 24 abril 2012 consideró que ordenar «la no colación de una donación dispuesta a favor de un heredero forzoso, instituido como tal heredero, equivale a declarar expresamente que esa donación se reciba además de la institución y con exclusión de los demás coherederos legítimos; es decir, con todas las características de una mejora en sentido amplio» del aplicable artículo 825 CC.

Por su parte, en la jurisprudencia menor, la SAP Pontevedra (1.^a Civil) 14 noviembre 2002, referida a un supuesto de donación de finca a una legitimaria en escritura pública «donde consta que se dispensa a la donataria de la obligación de colacionar esta donación», después de atender a la existente jurisprudencia del Tribunal Supremo (citando las Sentencias 19 julio 1982, 21 abril 1997, 21 abril 1990 y 17 marzo 1989) y tras considerar que la donación no colacionable debe reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas de los herederos forzosos, concluye que la liberalidad *inter vivos* realizada «lesiona la legítima estricta que corresponde a cada uno de los herederos, por lo que, en consecuencia, procede la reducción de (la donación)..., en cuanto al exceso, por inoficiosa...», esto es, *a sensu contrario* considera que la donación no colacionable implica también una mejora tácita, pues solo salvaguarda la legítima corta de los demás sucesores forzosos. Asimismo, la ya mencionada e importante SAP Toledo (1.^a Civil) 29 junio 2007 parece que en su resolución da a entender que la «dispensa de la colación es una excepción a la regla general» de que la mejora no se presume (*ex art. 825 CC*), criterio mantenido también por alguna doctrina relevante⁴⁴.

No obstante, obsérvese que todo lo anteriormente indicado respecto de la declaración de no colacionable de la donación, exigiría al correspondiente operador jurídico interpretaciones integrativas de la voluntad del causante que no siempre, ni mucho menos, serían indubitadas, por lo que, de nuevo, las analizadas funciones notariales de asesoramiento jurídico, seguridad jurídica y prevención de conflictos jurídicos aconsejan evitar tal cláusula expresa dispensadora de la colación y sustituirla por otras indicaciones más ciertas, jurídicamente, para lograr con mayor virtualidad legal la innegable voluntad del donante de favorecer al donatario heredero forzoso con la liberalidad realizada *inter vivos*.

⁴⁴ En efecto, entre otros autores, VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 825 CC», 1982, p. 10), acoge la tesis de que las «donaciones no colacionables son mejoras en sentido amplio y no existe inconveniente en que se imputen al tercio de mejora en cuanto no quepan en el de libre disposición... (pues) toda liberalidad que, con exclusión de los demás herederos forzosos o de alguno de ellos, se recibe además de la legítima, es mejora en sentido amplio». También, dentro de la doctrina, ya DE BUEN LOZANO (1951, p. 556), mantuvo hace tiempo que cuando «el donatario esté expresamente liberado por el causante de la obligación de colacionar, tal liberación equivaldrá a la voluntad expresa de que la donación hecha no se considere como anticipo de legítima, sino como mejora». En una posición intermedia, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (2009, pp. 109-110), consideran que será «una cuestión de interpretación si la voluntad del causante de desigualar se extiende del tercio libre a la cuota de mejora».

5. PROPUESTA PARA SUPLIR CON EFICACIA LA DECLARACIÓN DE NO COLACIONABLE DE LA DONACIÓN

Como debe partirse de que la finalidad inequívoca de la manifestación del donante de que la liberalidad *inter vivos* no sea colacionable es beneficiar al donatario heredero forzoso, resulta mucho más conveniente y eficaz jurídicamente que se haga expresamente la imputación de la donación, esto es, que se establezca explícitamente el orden de los tercios respecto de los que debe detraerse, bien primero al de libre disposición y después al de mejora, bien justo al revés⁴⁵, imputándose el exceso, si lo hubiere, a la legítima estricta, como no puede ser de otra manera. Es más, tampoco estaría de más que el donante estableciera de manera clara que si la liberalidad excediera, incluso, la parte de legítima estricta correspondiente al heredero forzoso donatario –en cuyo supuesto sería inoficiosa–, éste abonará a los demás el exceso, normalmente, en metálico. De esta forma quedaría mucho mejor protegido el interés del beneficiario de la donación y también la voluntad del causante de favorecer a un legitimario frente a los demás herederos forzosos concurrentes en el futuro patrimonio hereditario.

Por ejemplo, una cláusula admisible y pertinente sería la que contemplaba la STS (1.ª) 9 enero 1995 en la que el causante había donado *inter vivos* a sus hijas unos inmuebles, estableciendo expresamente que la «donación se imputara (por este concreto orden) a cargo de los tercios de libre disposición, legítima y mejora»; o la estipulación contenida en la ya mencionada y relevante SAP La Coruña (4.ª Civil) 24 abril 2014 con el siguiente y muy acertado tenor literal: «Esta donación sólo tendrá el carácter de anticipo de legítima en lo que pudiera exceder de los tercios de libre (disposición) y de mejora».

En este mismo sentido, la ya citada y relevante RDGRN 12 diciembre 2016 resolvió que una «donación puede ser al mismo tiempo no colacionable» y fijar «el orden de imputación de la misma a los tercios de libre disposición, mejora y legítima», ya que no «existe contradicción alguna entre los conceptos de colación e imputación pues son instituciones diferentes». Por su parte, la STS (1.ª) 10 diciembre 2009 ya advirtió, en esta sede jurídica de colación, que a «diferencia de lo que ocurre con las normas sobre imputación legitimaria, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias,

⁴⁵ Ya MANRESA Y NAVARRO (1956, p. 562) consideraba que la «dispensa de colación puede hacerse con orden de imputación al tercio libre o al tercio de mejora», y, recuérdese, que si «nada se dice de la imputación de la donación (no colacionable)... se entenderá imputable al tercio libre por no presumirse el carácter de mejora» de la liberalidad, conforme al ya indicado artículo 825 CC fundamental en esta sede jurídica.

participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados...»⁴⁶; lo que significa entender «la colación en sentido particional», decidiendo el causante donante el destino «de la atribución patrimonial efectuada» *inter vivos* a los tercios hereditarios que estime oportunos (como apunta, certeramente, la ya mencionada e importante SAP La Coruña (4.ª Civil) 24 abril 2014). Por ello, es muy apropiado, como determina la ya referida también SAP Valencia (6.ª Civil) 29 mayo 2014, cuando en la escritura pública de donación de inmueble expresamente se recoge que tal liberalidad «no sería colacionable, imputándose en primer lugar con cargo al tercio de libre disposición, y en su caso, al de mejora, y en su caso al de legítima» estricta; sin que deba olvidarse aquí, explica esta resolución judicial, que a pesar del carácter no colacionable de la donación *inter vivos* realizada por el causante, «será necesario tener en cuenta el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (artículo 1045 CC) a fin de integrar la masa hereditaria con el *relictum* más el *donatum* a efectos de poder calcular las legítimas de los restantes herederos forzosos y comprobar si la donación las ha perjudicado causando su minoración».

III. LA MANIFESTACIÓN TESTAMENTARIA DE QUE UN LEGITIMARIO YA HA RECIBIDO SU LEGÍTIMA EN VIDA DEL CAUSANTE

1. PLANTEAMIENTO

En testamento notarial abierto –que es el más utilizado en la práctica diaria–, puede contenerse una cláusula en la que, más o menos con esta literalidad, el causante dispone que: «Es voluntad del testador dejar constancia de que tal heredero forzoso –o tales herederos forzosos– ya ha recibido en vida la legítima que le corresponde, por lo que en el presente testamento no se le deja nada»; o una estipulación –como la recogida, por ejemplo, por la

⁴⁶ Este criterio razonable lo suscriben, entre otros muchos autores, LASARTE ÁLVAREZ (*RCDI*, 2012, pp. 1291 y ss.); RAGEL SÁNCHEZ («Comentario al artículo 818 CC», 2013, pp. 5998 y ss.); etc. En esta sede, una curiosa cláusula testamentaria es la recogida por la SAP Valencia (11.ª Civil) 27 junio 2017 en la que el testador instituía heredero universal a un hijo (a quien, en escritura pública, había donado en vida todos sus bienes inmuebles), dejando a sus otras dos hijas legitimarias la legítima estricta o corta, estableciendo también expresamente el causante que las donaciones se imputarían a la legítima del donatario y serían colacionables.

significativa SAP Madrid (21.^a Civil) 11 julio 2018– en la que el testador «instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones a su esposa», manifestando, asimismo, en dicha disposición de última voluntad que sus hijas, herederas forzosas no desheredadas ni indignas para la sucesión del causante, habían «recibido lo que por legítima les corresponde en vida del testador», aunque sin indicar cómo fueron pagadas.

Se trata de una recurrente declaración testamentaria que también debería evitarse, en lo posible, por el Notariado. Digo evitar «en lo posible», pues, sobre todo en esta sede de disposiciones testamentarias, debe tenerse muy presente el postulado primordial de que la voluntad del causante es preferente en materia de sucesión hereditaria, principio cardinal recogido expresamente en el artículo 658. 1.º CC, cuando dice que la «sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento»⁴⁷. En efecto, el testamento –que es el «acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos» (ex art. 667 CC)–, es un acto personalísimo (ex art. 670 CC)–, por lo que el artículo 695 CC parece limitar la intervención del Notariado en este delicado tema al indicar que el «testador expresará oralmente o por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella... y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado...»⁴⁸. No obstante, pienso firmemente que por las esenciales funciones notariales analizadas al comienzo de este estudio –en especial, las de asesoramiento jurídico, seguridad jurídica, búsqueda de la verdad y prevención de conflictos jurídicos–, y por su carácter de jurista especialista en Derecho de Sucesiones, el Notariado podrá –o deberá más bien–

⁴⁷ VELA SÁNCHEZ (2022, p. 21), explica que una de las líneas fundamentales que configuran la columna vertebral del Derecho sucesorio español, radica en que la «sucesión se rige preferentemente por la voluntad expresa del causante manifestada en testamento. Sólo en defecto de ella, se aplican las prescripciones legales; en caso de duda, prevalecerá la voluntad del fallecido».

⁴⁸ En este sentido, p.e., GONZÁLEZ PORRAS (1987, pp. 1-2), expone que la «manifestación ha de ser libre, oral, espontánea y tales circunstancias van en contra de cualquier forma de interrogación al testador que pueda presionar su ánimo haciendo incierta su voluntad. Si no fuera así la interpretación que debe darse al precepto, lejos de encontrarnos ante una verdadera manifestación o declaración de voluntad, la esencia del testamento, estaríamos ante un interrogatorio realizado por el Notario que conlleva toda clase de riesgos»; y, cita a Ossorio Morales quien mantenía que, por ser indispensable la expresión de voluntad del testador, «resulta por ello muy dudosa y negada generalmente por la doctrina, la validez del testamento *ad alterius interrogationem*, en que el testador se limite exclusivamente a responder a las preguntas que el Notario u otra persona le dirijan en orden a las disposiciones que quiere realizar, por no existir entonces una espontánea manifestación de voluntad, cuya iniciativa concibe la ley como partiendo del propio testador».

advertir al causante de la limitada virtualidad jurídica de esta incierta aseveración testamentaria, en general, y su posible sustitución por otras cláusulas más efectivas jurídicamente para cumplir su verdadera voluntad sucesoria.

En definitiva, respecto de esta potencial manifestación testamentaria de pago anticipado de la legítima en vida del causante hay que hacer las siguientes consideraciones fundamentales:

2. LA AFIRMACIÓN DEL CAUSANTE DE HABER PAGADO LA LEGÍTIMA ES IRRELEVANTE JURÍDICAMENTE

En la jurisprudencia, ya la significativa STS (1.^a) 20 noviembre 1990 advirtió en este punto que el «testador, no pudiendo conocer el aprecio real de sus bienes y derechos a la hora de su deceso y los que existan en tal momento (art. 657 del Código Civil), no puede... soslayar la referida intangibilidad de las legítimas (art. 806 del mismo Cuerpo legal)...». En efecto, como acertadamente estableció, respecto de la presente cuestión y en la jurisprudencia menor, la trascendente y didáctica SAP Barcelona (16.^a Civil) 25 abril 2017 –seguida, por ejemplo, por la SAP Barcelona (17.^a Civil) 2 febrero 2018–, la «irrelevancia de este tipo de cláusulas deriva del propio concepto de legítima, que constituye una limitación a la libertad del testador (*ex art. 763. 2.º* respecto del Código Civil). Por tanto la legítima puede ser exigida abstracción hecha de las declaraciones que haya hecho el testador respecto a su entrega y sin necesidad de impugnar dichas declaraciones. Si se concediese algún tipo de valor a la declaración del causante en este ámbito, el carácter forzoso de la legítima podría verse comprometido».

Se comprueba también la intrascendencia jurídica de esta cláusula testamentaria –incierta y deudora de prueba fehaciente–, por ejemplo, en el supuesto de hecho ventilado por la SAP Segovia (1.^a Civil) 31 julio 1999, en el que el testador declaraba que el legitimario ya había recibido «todo lo que por su legítima pueda corresponder», a virtud de una pretendida donación de inmueble *inter vivos* que el causante ordena expresamente colacionar en la herencia. Resuelve la Audiencia Provincial que deviene «imposible atender en este extremo la voluntad del testador, pues la colación de un bien que nunca fue objeto de liberalidad entre causante testamentario y herederos, implicaría un cómputo de la legítima incorrecto, al integrar en el haber de estos legitimarios, una finca que su stirpe nunca ha recibido; y como bien argumenta el Juez *a quo*, dada la naturaleza de derecho necesario de la legítima, integra una limitación al obligado respeto de la libertad de disposición del causante (arts. 806, 808, 813, 816 y 817 del CC)».

Abundando en la estudiada irrelevancia jurídica de este tipo de disposición sucesoria, la aclaratoria STS (1.^a) 9 junio 2004, respecto de una cláusula testamentaria en la que el testador indicaba que el legitimario tenía ya pagada su legítima por haber recibido en vida «importantes sumas de dinero» y porque había escriturado «a su nombre numerosos inmuebles» –sin que existiera prueba alguna de estas declaraciones testamentarias–, estableció que en «modo alguno cabe que una sentencia que niega al actor su legítima porque la tiene ya percibida en vida del padre, se abstenga de establecer cuál es el *quantum* de su herencia, en el que han de integrarse todas las donaciones hechas en vida, a fin de determinar la legítima, es decir, las recibidas tanto por los demandados como por el actor. Una vez fijada la misma, habrá que compararla con el importe de lo donado a cada legitimario... No se trata de que la sentencia tenga o no que corroborar esta afirmación que el mismo hace en su testamento, aludiendo a inmuebles que ha entregado al actor, pero sin la más mínima concreción, lo mismo que al dinero que éste también ha recibido, con idéntica falta de cuantificación. Si el actor reclama su legítima, es evidente que en la sentencia ha de determinarla, y no puede eludirlo diciendo que las declaraciones del causante son ciertas. Ello no les quita un ápice de su vaguedad y abstracción».

Eso sí, como puntualiza, acertadamente, en esta sede la importante STS (1.^a) 15 febrero 2001, cuando el testador «dispone que no le deja nada por testamento (al legitimario) porque ya se lo dio en vida, está imponiendo la obligación de colacionar» todas las donaciones o liberalidades que le hizo *inter vivos*, «que se computan para la fijación de la legítima, (y) se imputan (al sucesor forzoso)... en su legítima... (pues debe entenderse que) constituyeron una atribución en pago de legítima», conforme a lo dispuesto en los artículos 818 y 819. 1.º del CC, entendiéndose la legítima estricta o corta, sin que puedan, en ningún caso, atribuirse a la mejora, ya que según lo dispuesto en el repetido y fundamental artículo 825 CC, en materia de liberalidades realizadas en vida del causante, el carácter de mejora debe constar expresamente, sin que pueda presumirse.

3. AL NO HALLARSE COMPRENDIDA EN LA FE PÚBLICA NOTARIAL, TAL DECLARACIÓN TESTAMENTARIA DEBE PROBARSE POR LOS BENEFICIARIOS DE LA HERENCIA

La afirmación del testador del pago *inter vivos* de la legítima legalmente establecida supone, como destaca la sustancial SAP Barcelona (14.^a Civil) 9 junio 2017, una aseveración «del causante

efectuada de forma libre y espontánea al tiempo de ordenar su sucesión, sin que la misma venga amparada por la fe pública notarial», criterio fundamental que calca la ya indicada SAP Barcelona (17.^a Civil) 2 febrero 2018 que, además, añade, acertadamente, que dicha concreta declaración testamentaria «permite prueba en contrario pues la legítima constituye una limitación a la voluntad del testador...» (*ex art. 763. 2.º* respecto del Código Civil). Por tanto, en esta misma línea, la SAP Barcelona (19.^a Civil) 25 junio 2014 concluye que la «protección del haber hereditario por legítima correspondiente al demandante... no puede verse menguado por imputaciones de donaciones no probadas», por lo que será exigible y necesaria en todo caso la prueba fehaciente de tales donaciones o liberalidades –generalmente inmobiliarias que constan en documento público (*ex citados arts. 633. 1.º y 1280. 1.º CC*)–, de las cantidades entregadas en préstamos no devueltos, de las deudas condonadas por el causante (*ex arts. 1187 y 1188 CC*), etc.; sin que sea suficiente para ello, por ejemplo, la simple prueba testifical o la simple alegación de una donación verbal.

Por consiguiente, como explica, contundente y claramente, la ya mencionada e importante SAP Barcelona (16.^a Civil) 25 abril 2017, «la prueba de que la legítima fue pagada corresponde a los herederos, porque se trata de una obligación de ellos cuyo cumplimiento deben probar. La legítima constituye una deuda a cargo de la herencia. Su pago, antes o después, debe ser probado por quienes tienen la deuda, que son los herederos, como ocurre con cualquier deuda. Por tanto, la duda respecto a todo lo que se refiera al pago de la legítima perjudica a quien está obligado a pagarla»; confirmando la también citada SAP Barcelona (14.^a Civil) 9 junio 2017 que no «cabe olvidar que es la heredera, obligada al pago de la legítima, quien ha de acreditar que ese pago se hizo en vida del causante, careciendo de virtualidad probatoria a tal efecto aquella manifestación contenida en testamento» y apostillando la repetida SAP Barcelona (17.^a Civil) 2 febrero 2018 –siguiendo literalmente a la también ya mencionada SAP Barcelona (19.^a Civil) 25 junio 2014–, que la «prueba de que la legítima fue pagada en vida del causante corresponde a los herederos como personas obligadas a su pago... En consecuencia, ante la ausencia de prueba de disposiciones patrimoniales a favor de las actoras, y... siendo insuficiente la manifestación a tal fin en el testamento, debe confirmarse el derecho de las actoras a percibir lo que por legítima les corresponda en la herencia de su padre» (criterio también mantenido por la SAP Barcelona (4.^a Civil) 28 julio 2017). También la ya aludida SAP Madrid (21.^a Civil) 11 julio 2018 declara la ineficacia de la declaración

testamentaria incierta que estoy tratando, al «no constar la existencia de causa de desheredación... y no habiéndose acreditado por la prueba practicada... que realmente aquélla (la legitimaria) hubiera recibido en vida de su padre, pese a lo manifestado por él en el testamento..., bienes que pudieran cuanto menos imputarse a tal legítima, correspondiendo a la parte demandada en este caso el haber acreditado la cierta y efectiva recepción por aquélla de bienes de su padre en pago de dicha legítima»; de manera que si el «testador dispuso de sus bienes en contra de las previsiones legales, perjudicando en su caso los derechos legitimarios de sus hijos, cabe que desde luego estos últimos pidan el complemento de su legítima, aun en contra de la voluntad manifestada de aquél», de acuerdo con lo dispuesto expresamente en el artículo 815 CC⁴⁹.

4. DICHA ASEVERACIÓN SUCESORIA, DE NO ACREDITARSE FEHACIENTEMENTE, SUPONE UNA VERDADERA PRETERICIÓN INTENCIONAL

Cuando el causante declara en testamento que a un legitimario no le deja nada porque éste ha recibido en vida toda su legítima —obviamente mediante donación o cualquier otro convenio gratuito o que suponga una liberalidad en definitiva—, si tal aseveración testamentaria no puede probarse documental y fehacientemente, puede comportar una auténtica «preterición intencional», como ya estableció la STS (1.ª) 6 abril 1998, de manera que siendo «esta supuesta e inexistente donación la única razón en que dicho causante basa su decisión de no dejar nada en su testamento a su referido hijo... ha de comportar que la institución de heredero hecha a favor de... (otro legitimario) deba ser anulada, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido..., (teniendo en cuenta que la) legítima que ha de ser respetada es solamente la legítima estricta o corta...». En idéntico sentido, la ya citada y significativa STS (1.ª) 15 febrero 2001 subraya que en estos supuestos debe entenderse que el sucesor forzoso implicado ha «sido excluido totalmente de la legítima, apreciándose, aplicando el principio *iura novit curia*, una preterición intencional»; confirmando la también mencionada STS (1.ª) 17 septiembre 2019 que en el «caso de ser totalmente desconocidos sus derechos

⁴⁹ Vid. VELA SÁNCHEZ (2018, p. 100), que indico, de un lado, que el mencionado artículo 815 CC se refiere a la llamada «intangibilidad cuantitativa de la legítima», y de otro, que la reclamación del legitimario perjudicado «tendrá por objeto la impugnación de cualesquiera atribuciones patrimoniales hechas por el causante que perjudiquen la legítima que, por tanto, sean reducidas o anuladas».

(los de los sucesores forzosos) podría haber una desheredación o preterición injusta». Como señala, igualmente, en la jurisprudencia menor, la SAP Granada (3.ª Civil) 12 mayo 2001, en estas hipótesis «se conoce la existencia del legitimario, y a sabiendas (deliberadamente) se excluye al mismo; sin haberle hecho ninguna atribución de bienes en vida. Esta actitud integraría una preterición intencional, que a veces, no es fácil de separar (o distinguir) de la desheredación injusta...»⁵⁰. Esta preterición intencional, pues, sigue indicando la Sentencia del Alto Tribunal de 15 febrero 2001 mencionada ya en este apartado, «puede dar lugar a la nulidad (*rectius*, rescisión) de la institución de heredero en cuanto perjudica la legítima...», esto es, conforme al artículo 814. 1.º, segundo inciso, del CC, en estos supuestos, se «reducirá la institución de heredero» en primer término, y después cualquier disposición testamentaria en lo que lesione la legítima del sucesor forzoso.

En este punto, la ya citada SAP Barcelona (14.ª Civil) 9 junio 2017 afirma, igualmente, que es «doctrina del TS (por todas STS de 15 de febrero de 2001...) que solo la preterición intencional y la desheredación injusta dan lugar a la nulidad total o parcial del testamento. Dado que la desheredación ha de ser nominal y expresa, lo que no concurre en la Litis, pues el testador menciona a las hijas y les atribuye lo que por legítima les corresponda, al no hacerles atribución patrimonial alguna por haberla recibido en vida, estaríamos en su caso, de ser inveraz tal afirmación, ante una preterición intencional»; criterio cardinal que ratifica, entre otras, la también mencionada SAP Barcelona (17.ª Civil) 2 febrero 2018, cuando expresa que esta «Audiencia Provincial ya ha resuelto supuestos muy parecidos al presente declarando que dicha cláusula puede considerarse como un supuesto de preterición intencional...», con los efectos jurídicos que ello supone, esto es, la reducción de la institución de heredero o de cualquier otra disposición testamentaria inoficiosa; razonamiento fundamental que ya sostuvo la SAP Alicante (6.ª Civil) 31 julio 2007, al declarar que la «declaración

⁵⁰ Como acertadamente explica REBOLLEDO VARELA (*RAC*, 1995, p. 129), «si el causante quiere favorecer a un tercero o a otro heredero o legitimario más allá de las limitaciones que en cuanto a su libre disposición le impone el sistema legitimario contenido en el Código, en principio, tendrá que privar al descendiente de su legítima para lo que, si lo hace legalmente, por la vía directa y clara, deberá acudir a la vía de la desheredación, de los arts. 848 y ss., que se le presentará difícil y complicada, por lo que no será infrecuente que busque alternativas, en ocasiones el expeditivo sistema de la preterición, lo que en la práctica, y dado el contenido del art. 814, no sirve de mucho en cuanto al derecho del afectado en reclamación de su legítima. Otras veces en su testamento, y con un poco más de reflexión, lega a sus otros hijos o a terceros bienes en demasía, instituyendo heredero a todos los hijos con lo que aparentemente se respeta la legítima pero, en la práctica, no existen bienes con los que pagarla produciéndose una desheredación de hecho sin acudir a la vía de los arts. 848 y ss...».

de nulidad (rescisión) del testamento solo procede en los supuestos de preterición intencional del legitimario por el testador o en los de desheredación injusta...»⁵¹.

Finalmente, hay que destacar que, obviamente, para establecer la posible preterición de un heredero forzoso es necesario que haya fallecido el causante pues, como señala la ya citada STS (1.ª) 12 mayo 2005, la «preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; lo cual no puede advertirse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado éste; no se puede hablar de preterición respecto a un acto producido antes de la apertura de la sucesión. Lo cual se pone en relación con un tema más amplio. No se puede hablar de legítima (su cómputo, atribución e imputación) hasta después de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante».

5. SI SE PERCIBIÓ MENOS DE LO ESTABLECIDO LEGALMENTE, NO ES PRECISO QUE EL PERJUDICADO IMPUGNE DICHA MANIFESTACIÓN TESTAMENTARIA DE PAGO ANTICIPADO DE LEGÍTIMA, BASTA RECLAMAR SU COMPLEMENTO CONFORME AL ARTÍCULO 815 CC

Como ya dijo la relevante y didáctica STS (1.ª) 20 febrero 1981, si puede probarse que el legitimario recibió en vida alguna donación o liberalidad de «su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido y solo puede reclamar que se complete su legítima, al amparo del citado art. 815 (del Código Civil), que le faculta para pedir la integridad de esa porción hereditaria cuando el testador le haya privado de parte de ella», quedando eximido el heredero forzoso de «pedir la nulidad de la cláusula testamentaria correspondien-

⁵¹ VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 814 CC», 1982, pp. 6 y 17-18), considera que existe preterición si hay mención «con reconocimiento de su condición familiar (la del legitimario), pero sin que nada se le deje al mencionado a pesar de disponerse íntegramente del haber relicto»; y en cuanto a la acción a ejercitar dice que nos «hallamos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo», y que al «aludir al carácter rescisorio de la acción me refiero a su actuación y no a su origen. Es decir, empleo el término en sentido amplio revocatorio de una disposición que sería válida de no ser impugnada por el perjudicado». VIVAS TESÓN (2014, p. 765), mantiene que el heredero «forzoso preterido (intencionalmente) sólo puede reclamar su participación en la legítima estricta (tal y como se deduce de los arts. 814, pfo. 1.º y 808, pfo. 2.º C.c.), en cuyo caso se reduce (no anula, intentándose, por consiguiente, respetar en lo posible la voluntad del testador) la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». Por su parte, GARCÍA PÉREZ (2004, p. 129), alega que el «legitimario preterido puede reclamar su derecho a la legítima y pedir la reducción de los legados excesivos o de las donaciones inoficiosas».

te» e inexacta; de manera que esta «reclamación de la legítima no da lugar a la nulidad del testamento o de algunas de las cláusulas ni a la nulidad de la institución de heredero» (criterio fundamental compartido, entre otras sentencias de nuestro Alto Tribunal, por la también citada y sustancial STS (1.ª) 15 febrero 2001)⁵².

Igualmente, en la llamada jurisprudencia menor, la ya mencionada e importante SAP Barcelona (17.ª Civil) 2 febrero 2018 destaca que «no es necesario impugnar... (la manifestación testamentaria estudiada de pago anticipado de legítima) siendo adecuada la acción de reclamación (o de complemento) de legítima», criterio básico que ya mantuvo, entre otras, la ya aludida y trascendente SAP Barcelona (16.ª Civil) 25 abril 2017, en el sentido de que, precisamente por el carácter imperativo y forzoso de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico (*ex art. 763. 2.º* en nuestro Código Civil), no hay «necesidad de impugnar dichas declaraciones» testamentarias inexactas y perturbadoras que, por sí solas y sin demostración fehaciente, no son relevantes jurídicamente a efectos de perjudicar los derechos sucesorios de los herederos forzosos. Asimismo, la ya citada SAP Alicante (6.ª Civil) 31 julio 2007 concluyó en este punto que aunque «el legitimario estime que no ha recibido de su causante lo que como tal legítima le correspondía... son otras, y no precisamente la de nulidad de testamento, las acciones que la Ley establece para la protección de las legítimas tales como las previstas en el art. 815... y con fundamento en los principios generales contenidos en los arts. 806, 808 y 813 todos ellos del Código Civil»; discernimiento esencial que también se contenía en la SAP Cáceres (2.ª Civil) 15 abril 1997, en la que se advertía al demandante que no pudiendo solicitar la nulidad del testamento y la subsiguiente apertura de la sucesión intestada, si la donación realizada por el causante al otro legitimario en vida había

⁵² *Vid.*, en este sentido, p.e., MORETÓN SANZ (*RCDI*, 2010, p. 2895), y SANSEGUNDO MANUEL (*RCDI*, 2008, pp. 1376 y ss.). ROYO MARTÍNEZ (1951, p. 244), señalaba ya que caracteriza «a la preterición la inexistencia total o absoluta de disposición a favor de un heredero forzoso en línea recta, pues si el defecto consiste en una asignación insuficiente o menor de lo que el legitimario tiene derecho a recibir, no se produce la consecuencia peculiar de la preterición, y el respeto a la ley se restablece mediante una simple acción de suplemento o complemento de legítima». VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 815 CC», 1982, pp. 2 y 8), también entiende que procederá la acción de suplemento de legítima respecto del donatario «si la donación... no cubriese la legítima ni haya preterición, por haberse referido el causante en su testamento a dicha donación...»; y que la «cuantía del suplemento de legítima viene determinada por la propia denominación. En cada caso, el importe del complemento alcanza lo preciso para que el legitimario, a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de lo que le corresponda por legítima, obtenga el haber líquido que, conforme el artículo 818 del C. C., tenga derecho». También DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2012, p. 56), entienden que el artículo 815 CC es «un precepto que tiene como misiones fundamentales: 1.ª Prohibir que se considere la atribución insuficiente de la legítima como preterición (art. 814). 2.ª Servir de base para el ejercicio por el legitimario de la acción del artículo 817...».

«afectado a la legítima del actor, hay remedios para completar ésta o reducir aquélla...», como el instrumento del complemento de la legítima contenido en el artículo 815 CC.

6. PROPOSICIÓN PARA REEMPLAZAR, CONVENIENTEMENTE, LA ASEVERACIÓN TESTAMENTARIA DEL PAGO DE LA LEGÍTIMA EN VIDA DEL CAUSANTE

Generalmente, la declaración testamentaria del causante de que ya ha satisfecho en vida –mediante donación u otra liberalidad–, la legítima de un heredero forzoso, tiene como finalidad limitar su derecho hereditario a su legítima estricta, si no procede legal o jurisprudencialmente –por la moderna doctrina del maltrato psicológico contenida, por ejemplo, en la más reciente y relevante STS (1.^a) 13 mayo 2019⁵³– su desheredación justa. Por consiguiente, ante la posible inexactitud e irrelevancia jurídica de esta incierta y problemática manifestación testamentaria –a falta de su prueba documental fehaciente por los herederos interesados–, lo mejor será declarar, bien expresamente que la porción hereditaria de tal legitimario será, exclusivamente, su legítima estricta, bien reduciendo tácitamente su derecho hereditario a tal contenido estricto, dejando explícitamente el tercio de mejora a otra persona, ya sea otro hijo o descendiente del causante (conforme a lo dispuesto en los artículos 823 y ss. del CC), y disponiendo también, claramente, de la parte de libre disposición hereditaria a favor de cualquier persona⁵⁴.

⁵³ Ya desde la trascendental STS (1.^a) 3 junio 2014 –confirmada, entre otras, por la STS (1.^a) 30 enero 2015–, se ha estimado «el maltrato psicológico como justa causa de desheredación», aun reconociendo que las causas de desheredación «no admiten ni analogía, ni una interpretación extensiva», pero en estos supuestos el fundamento de la desheredación «radica en la dignidad de la persona como *germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales* que establece la Constitución española, en su artículo 10» (Ramón Fernández, *RDC*, 2021, pp. 149-150). No obstante, CARRAU CARBONELL (*RDC*, 2015, p. 256), advierte en esta sede que si «bien la dirección de la(s) sentencias(s) es óptima, las consecuencias en la aplicación práctica originan problemas de prueba, y ello desemboca en una inseguridad jurídica temporal en las particiones hereditarias realizadas en base a un testamento que contenga desheredación de hijos por maltrato psicológico...». *Vid.*, también, respecto de estas sentencias y la problemática de la desheredación por maltrato psicológico, entre otros muchos autores, a CABEZUELO ARENAS (*RDP*, 2015, pp. 401 y ss.), DEL CAMPO ÁLVAREZ (2019, pp. 361 y ss.), MAGRO SERVET (*Revista La Ley*, 2019, pp. 1 y ss.); etc.

⁵⁴ En este sentido, p.e., VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 814 CC», 1982, p. 30), indica que para solucionar los problemas de interpretación del testamento en esta sede un «camino es el de instituir solo en la legítima estricta, o bien legársela o reconocerla a quienes legalmente les corresponda...; y disponer del resto del haber conforme a la voluntad del testador».

Además, como la simple declaración testamentaria de pago anticipado de la legítima no tiene efectos probatorios es muy conveniente que, mediante prueba documental fehaciente, se demuestre la efectiva cantidad ya pagada *inter vivos* al legitimario correspondiente, bien mediante entrega de dinero, pago de deudas del sucesor forzoso, donaciones mobiliarias documentadas debidamente (*ex art. 632 CC*), donaciones de inmuebles realizadas en escritura pública (*ex arts. 633. 1.º y 1280. 1.º del CC*), etc. Estas pruebas documentales fehacientes pueden –deben mejor– referirse literalmente en el testamento correspondiente para justificar las donaciones o liberalidades efectuadas *inter vivos*, y facilitar su prueba al tiempo del fallecimiento del causante.

Obsérvese, por último, que incluso cuando se crea, de buena fe, que el legitimario ya ha percibido, incluso en exceso, el montante sucesorio que le correspondería teniendo en cuenta el patrimonio del causante en dicho momento, puede suceder que a su fallecimiento, por circunstancias económicas favorables sobrevenidas, el caudal hereditario sea muy superior, con lo que, de nuevo, su declaración de pago anticipado de la legítima quedaría ineficaz. No puede olvidarse que, como señala la ya citada e importante STS (1.ª) 22 febrero 2006, «el artículo 1045 (CC), en su actual redacción, adopta, frente al sistema anterior, el de colación *ad valorem*, por lo que el valor de los bienes que hubieren sido objeto de donación se proyecta a tiempo posterior al de la propia donación, ya que tiene lugar en el momento de evaluar los dejados en herencia»; discernimiento fundamental que comparte, entre otras muchas resoluciones judiciales, la también mencionada y correlativa STS (1.ª) 23 febrero 2006 para la que, según el precepto aludido (art. 1045 CC), «debe entenderse como valor real de los bienes en el momento que marca la propia norma», esto es, el de evaluación de los bienes hereditarios; y en la jurisprudencia menor, por todas, la ya nombrada SAP Valencia (6.ª Civil) 29 mayo 2014, que concluye que será «necesario tener en cuenta el valor de los bienes donados al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (artículo 1045 CC)...»⁵⁵.

⁵⁵ DE FUENMAYOR CHAMPÍN (*ADC*, 1948, pp. 47-48), advertía ya que la legítima supone «simplemente, una cuota hereditaria, una parte alícuota del haber relicto cuya cuantía no puede fijarse hasta el momento de la muerte del testador, porque sólo entonces es posible el recuento de los bienes que pasaron por sus manos, distinguiendo entre aquéllos (*sic*) que salieron de ellas por actos a título gratuito y aquéllos (*sic*) otros que fueron sustituidos en el patrimonio por una contraprestación. Es en ese momento cuando al heredero forzoso se le atribuye acción para reclamar una cuota parte del conjunto formado por los bienes relictos y los que salieron de su patrimonio a virtud de enajenaciones gratuitas, y es entonces, y sólo entonces, cuando puede determinarse el posible carácter inoficioso de las donaciones efectuadas, por cuanto siendo el patrimonio de una persona algo sometido a posibles aumentos y disminuciones, ocurrirá en muchos casos que una donación, inoficiosa al tiempo de realizarse, venga a resultar correcta más tarde, a virtud de un aumento

IV. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las esenciales funciones notariales de asesoramiento jurídico, control de legalidad, búsqueda de la verdad, logro de la seguridad jurídica y prevención de conflictos jurídicos, el Notariado debe evitar, en lo posible, que en los instrumentos públicos que otorgue se contengan declaraciones de parte que, aun no siendo ilegales, ni mucho menos, puedan dar lugar a más inconvenientes o contiendas judiciales que a verdaderos beneficios a los otorgantes o a sus sucesores.

Así, en primer lugar, respecto de la declaración del donante, hecha en escritura pública, de que la donación de inmueble que realiza a un heredero forzoso no sea colacionable –aseveración que, según la jurisprudencia, debe ser expresa y que se puede acordar y revocar en cualquier tiempo–, hay que concluir que:

1.º Conforme a reiterada jurisprudencia –tanto del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales– y según la RDGRN 12 diciembre 2016, aunque en la escritura pública se declare expresamente la donación como no colacionable, ha de ser computada en el activo hereditario para hallar el valor total de las legítimas y deducir de ello si la liberalidad *inter vivos* es oficiosa o no, en cumplimiento de lo dispuesto en el imperativo artículo 818 CC.

2.º Respecto de la imputación de la donación declarada no colacionable, partiendo de que el donante pretende, evidentemente, beneficiar al donatario, primero se cargará a la parte libre de la herencia y, después, a la legítima estricta del heredero forzoso favorecido (*ex art. 819. 1.º CC*), reduciéndose el posible exceso por inoficioso, por no poder imputarse, de principio, en el tercio de mejora, pues en esta sede la mejora debe ser expresa (*ex art. 825 CC, a contrario*).

3.º La donación con dispensa de colación no implica tampoco, por sí sola, mejora tácita o presunta, pues, como mantiene, reiteradamente, tanto la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, como la llamada jurisprudencia menor, así como la doctrina civilista mayoritaria, el cardinal artículo 825 CC impide que podamos interpretar como mejora el carácter no colacionable de la liberalidad realizada *inter vivos*, porque si no existe una expresa voluntad

del patrimonio...». También, entre otros autores, CODINA ROSSÁ (2008, p. 44), DOMÍNGUEZ LUELMO («Comentario al artículo 1045 CC», 2011, p. 1679); LLEDÓ YAGÜE (1989, pp. 147-148); LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2009, p. 24), y VALLADARES RASCÓN (2009, p. 1), consideran que el momento de valoración de los bienes donados por el causante debe ser el de la evaluación de los bienes hereditarios.

de mejorar, la simple dispensa de colación no puede equipararse a ella.

4.º En esta sede estudiada, la mejora tácita podría, en su caso y como resulta de alguna resolución judicial, derivar de ciertos llamamientos testamentarios, como cuando la dispensa de colación de la donación se completa con el nombramiento como heredero universal del propio donatario legitimario –institución de heredero que no comprendería a los demás herederos forzosos–, aunque, no obstante, ello exigiría interpretaciones integrativas de la voluntad del causante no siempre indubitadas, de modo que, para evitar conflictos jurídicos, es aconsejable evitar tal cláusula dispensadora de colación.

5.º En definitiva, como el fin inequívoco de la donación declarada no colacionable es beneficiar al donatario legitimario, resulta mucho más eficaz jurídicamente, como avaló la propia RDGRN 12 diciembre 2016, que se fije explícitamente por el donante el orden de los tercios hereditarios de los que debe detraerse la liberalidad *inter vivos*, bien primero al de parte libre y después al de mejora, bien justo al revés, imputándose por último el exceso, si lo hubiere, a la legítima estricta, y, en caso de agotarla, reduciéndose el sobrante.

En cuanto a la manifestación realizada en testamento notarial abierto de que un legitimario ya ha recibido su legítima en vida del causante, hay que puntualizar que, como mantiene, repetidamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la llamada jurisprudencia menor:

1.º Es irrelevante jurídicamente, pues constituyendo la legítima una limitación legal a la libertad dispositiva del causante (*ex art. 763. 2.º CC*), puede ser exigida abstracción hecha de las declaraciones que haya realizado el testador respecto a su entrega anticipada.

2.º Al no estar amparada por la cobertura que dispensa la fe pública notarial, debe probarse fehacientemente por los beneficiarios de la herencia, como personas obligadas al pago de la legítima, siendo insuficiente la mera aseveración del causante contenida en el testamento.

3.º De no acreditarse fehacientemente por los beneficiarios de la herencia, aplicando el principio *iura novit curia*, tal aseveración testamentaria puede comportar una auténtica preterición intencional del legitimario si no hubo liberalidad alguna *inter vivos* por el causante, lo que implicaría la reducción de la institución de heredero o de cualquier disposición testamentaria inoficiosa (*ex arts. 814. 1.º, segundo inciso, y 817 del CC*).

4.º Si puede probarse que el legitimario recibió en vida alguna donación o liberalidad de su causante, aunque no puede considerarse verdaderamente preterido, aquél puede reclamar que se complete su legítima (*ex art. 815 CC*), quedando eximido de pedir la nulidad de la cláusula testamentaria correspondiente por el carácter imperativo y forzoso de las legítimas en nuestro ordenamiento jurídico (*ex arts. 763. 2.º, 806, 808, 813 y 817 del CC*).

5.º En suma, como la finalidad de esta problemática declaración testamentaria parece ser la de limitar al máximo el derecho hereditario del heredero forzoso correspondiente, si no procede legal o jurisprudencialmente –por maltrato psicológico, por ejemplo STS (1.ª) 13 mayo 2019–, su desheredación justa, lo mejor será declarar expresamente que su porción hereditaria se reduce a su legítima estricta, completándose esta disposición sucesoria, en su oportuno caso, con la transmisión explícita del tercio de mejora –a otro hijo o descendiente del causante– y de la parte de libre disposición a cualquier persona.

En todo caso, es muy conveniente que el testador conserve prueba documental fehaciente de lo entregado en vida al legitimario correspondiente, bien por entrega de dinero o pago de deudas, donaciones mobiliarias documentadas (*ex art. 632 CC*), donaciones inmobiliarias realizadas en escritura pública (*ex art. 633. 1.º y 1280. 1.º del CC*), etc.; y que se referencie literalmente esta documentación en el testamento otorgado notarialmente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La mejora*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003.
- «Comentario al artículo 763 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo X, Vol. 1.º: artículos 744 a 773 del Código Civil, Manuel Albaladejo (Director), Edersa, Madrid, 1982. <https://2019--vlex--com.upo.debiblio.com/#WW/vid/23187> [consultado el 19 marzo 2020].
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La reducción de las disposiciones inoficiosas: Especial atención a la reducción de las donaciones y de los legados», en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Vol. 1, «Legítimas y reservas», Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana (Directores), Oscar Monje Balmaseda (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 92 y ss.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *La dispensa de colación*, Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La donación inter vivos con dispensa de colación como mejora», *Revista Actualidad Civil*, núm. 5, mayo, 2014, pp. 1 y ss.

- BOLÁS ALFONSO, Juan: «El Notariado y la Constitución Española», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 97 y ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- «Comentario al artículo 806 CC», Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7761, pp. 1 y ss. [Consultado el 21 marzo 2020].
- «Comentario al artículo 820 CC», Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7768, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020].
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Desheredación por maltrato psíquico. Litigio promovido contra un hijo que empleó dolo para que la madre consintiera donar todos sus bienes. Comentario de la STS de 30 de enero de 2015», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 37, 2015, pp. 401 y ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario al artículo 823 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández (Coordinadores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 895 y ss.
- CARRAU CARBONELL, José María: «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, 2015, pp. 364 y ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «El cálculo de la legítima y la valoración de los bienes hereditarios», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Vol. 1, «Legítimas y reservas», Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana (Directores), Óscar Monje Balmaseda (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 779 y ss.
- CODINA ROSSÁ, María Dolores: *La acción de complemento de legítima*, Bosch, Barcelona, 2008.
- CUENCA ANAYA, Francisco: «El Notario y los fines del Derecho» (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 22 de marzo de 1984), en *La seguridad jurídica y el notariado*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 9 y ss.
- DE BUEN LOZANO, Demófilo: *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*, Tomo VIII, 2.^a edición, Reus, Madrid, 1951.
- DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo: «Intangibilidad de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1948, 1.º, pp. 46 y ss. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1948-10004600077_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Intangibilidad_de_la_leg%C3%ADtima [Consultado el 21 marzo 2020].
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1990.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: «El maltrato psicológico como causa de desheredación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Las legítimas y la libertad de testar*, Juan Pablo Murga Fernández y otros (Directores), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 361 y ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. II, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 1035 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. 2, Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, Aranzadi Instituciones: BIB 2011/6119, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020].

- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 1045 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Ana Cañizares Laso, Sergio Cámara Lapuente y Carmen Sánchez Hernández (Coordinadores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1678 y ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, Aranzadi Instituciones: BIB 2007/21, pp. 1 y ss. [Consultado el 25 marzo 2020]
- «Institución de heredero en el remanente, imputación de prelegados y mejora de los nietos no legitimarios. Comentario a la Sentencia del TS de 28 septiembre de 2005 (RJ 2005, 7154)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pp. 447 y ss.
- FERNÁNDEZ EGEA, María Ángeles: *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*, Universidad del País Vasco, 2016, pp. 113 y ss. https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/17939/TESIS_FERNANDEZ_EGEA_MARIA%20ANGELES.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consultado el 24 de enero de 2020].
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *La legítima en el Código Civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 48, núm. 3, 1995, pp. 1105 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Soluciones prácticas en materia de legítimas», en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Francisco de Sales Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urriza (Directores), Juan Pablo Murga Fernández (Coordinador), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, Aranzadi Instituciones: BIB 2019/664, pp. 1 y ss. [Consultado el 25 marzo 2020]
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «El Notario, la Constitución y los valores constitucionales», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 113 y ss.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, José María: «El instrumento público como garantía institucional y el Notario como autoridad y como órgano de jurisdicción voluntaria: Constitución española y Derecho de la Unión europea», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 223 y ss.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Comentario al artículo 695 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (Director), Tomo IX, Vol. 1.º-B: Artículos 694 a 705 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1987. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-695-229522> [Consultado el 6 abril 2020]
- HIDALGO GARCÍA, Santiago: «Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas (Aportación al estudio de los arts. 825 y 828 del CC)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez (Coordinador), Vol. 4, Civitas, Madrid, 2002, pp. 5304 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.

- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria en Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012, pp. 1291 y ss.
- LETE ACHIRICA, Javier y LLOBET AGUADO, Josep: «Partición (II): comunidad hereditaria en Cataluña», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, T. II, Gete-Alonso Calera, María del Carmen (Directora) y Solé Resina, Judith (Coordinadora), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 2547 y ss.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: *Derecho de Sucesiones*, Vol. I, «Delación, legítimas. Reservas», Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *Computación, imputación y colación de donaciones en la sucesión mortis causa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato», *Revista La Ley*, núm. 9466, 2019, pp. 1 y ss.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, T. VII, Reus, Madrid, 7.ª edición, 1956.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: «Comentarios a los artículos 654-656 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coordinador), Tomo IV, Bosch, Valencia, 2000, pp. 229 y ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Introducción», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 9 y ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *Seguridad jurídica y sistema cautelar: para su protección preventiva en la esfera privada. I. Teoría de la seguridad jurídica*, Bosch, Barcelona, 1989.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, noviembre-diciembre, 2010, pp. 2890 y ss.
- NAVAS OLÓRIZ, J. Ignacio: «Derecho a la verdad. Su encarnación notarial y constitucional», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. Extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 123 y ss.
- NIETO ALONSO, Antonia: «Comentario al artículo 636 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. 2, Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, Aranzadi Instituciones: BIB 2011/6038, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020].
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario al artículo 818 CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5998 y ss.
- «Comentario al artículo 819 CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6021 y ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La necesaria actualización de las causas de desheredación en el Derecho español», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3, (julio-septiembre) 2021, pp. 131 y ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «El legitimario ante la desheredación de hecho», *Revista Aranzadi Civil*, núm. 3, 1995, pp. 125 y ss.

- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La función notarial y los principios y valores constitucionales», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. extraordinario, 40 aniversario de la Constitución española, 2018, pp. 87 y ss.
- «Jurisdicción civil y Notariado», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 51, julio-septiembre, 2004, pp. 191 y ss.
- «El documento notarial y la seguridad jurídica» (Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 29 de marzo de 1983), en *La seguridad jurídica y el notariado*, Edersa, Madrid, 1986, pp. 41 y ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «Comentario al artículo 654 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. 2, Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, Aranzadi Instituciones: BIB 2011/6041, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020]
- ROMERO VIEITEZ, Manuel Antonio: *La mejora*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.
- SANSEGUNDO MANUEL, Teresa: «La legítima. Los conceptos de computación, atribución, imputación y colación. La acción de suplemento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo-junio, 2008, pp. 1376 y ss.
- SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: «El Notario y los Derechos Fundamentales», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 28, octubre-diciembre, 1998, pp. 87 y ss.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de Derecho de Sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, T. II, Gete-Alonso Calera, María del Carmen (Directora) y Solé Resina, Judith (Coordinadora), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1841 y ss.
- VALLADARES RASCÓN, Etefvina: «Comentario al artículo 1045 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7870, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020]
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (Directora), Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982:
- «Comentario al artículo 814 CC»: <https://2019--vlex--com.upo.debiblio.com/#WW/vid/231277> [Consultado el 18 marzo 2020].
- «Comentario al artículo 815 CC»: <https://2019--vlex--com.upo.debiblio.com/#WW/vid/231278> [Consultado el 18 marzo 2020].
- «Comentario al artículo 818 CC»: <https://2019--vlex--com.upo.debiblio.com/#WW/vid/231281> [Consultado el 19 marzo 2020].
- «Comentario al artículo 819 CC»: <https://2019--vlex--com.upo.debiblio.com/#WW/vid/231282> [Consultado el 19 marzo 2020].
- «Comentario al artículo 825 CC»: <https://2019--vlex--com.upo.debiblio.com/#WW/vid/231289> [Consultado el 19 marzo 2020].
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre), 2018, pp. 333 y ss.
- «Derecho Civil para el Grado», T.V., *Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 3.^a edición, 2022.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Distinción de efectos entre la preterición intencional y la errónea y los aspectos procesales en el ejercicio de las acciones en el procedimiento de preterición», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Vol. 1, «Legítimas y reservas», Francisco Lledó Yagüe, María Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana (Directores), Oscar Monje Balmaseda (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 755 y ss.

ZURILLA CARIÑANA, M.^a de los Ángeles: en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

— «Comentario al artículo 636 CC»: Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7673, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020]

— «Comentario al artículo 654 CC»: Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7688, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020]

— «Comentario al artículo 825 CC»: Aranzadi Instituciones: BIB 2009/7770, pp. 1 y ss. [Consultado el 24 marzo 2020]

SENTENCIAS CITADAS

1. Sentencia del Tribunal Constitucional

Sentencia 207/1999, de 11 de noviembre

2. Sentencias del Tribunal Supremo

— STS (1.^a) 5 noviembre 2019 (RJ 2019/4504).

— STS (1.^a) 17 septiembre 2019 (RJ 2019/3619).

— STS (1.^a) 27 de junio 2019 (RJ 2019/2689).

— STS (1.^a) 6 marzo 2019 (RJ 2019/740).

— STS (1.^a) 20 julio 2018 (RJ 2018/2833).

— STS (1.^a) 19 febrero 2015 (RJ 2015/1400).

— STS (1.^a) 30 enero 2015 (RJ 2015/639).

— STS (1.^a) 3 junio 2014 (RJ 2014/3900).

— STS (1.^a) 13 marzo 2014 (RJ 2014/1493).

— STS (1.^a) 29 julio 2013 (RJ 2013/6395).

— STS (1.^a) 29 noviembre 2012 (RJ 2013/190).

— STS (1.^a) 11 octubre 2012 (RJ 2012/9714).

— STS (1.^a) 13 julio 2011 (RJ 2011/5119).

— STS (1.^a) 19 mayo 2011 (JUR 2011/3979).

— STS (1.^a) 21 enero 2010 (RJ 2010/11).

— STS (1.^a) 10 diciembre 2009 (RJ 2010/279).

— STS (1.^a) 19 mayo 2008 (RJ 2008/3084).

— STS (1.^a) 24 enero 2008 (RJ 2008/306).

— STS (1.^a) 18 octubre 2007 (RJ 2007/8625).

— STS (1.^a) 2 julio 2007 (RJ 2007/3789).

- STS (1.ª) 15 junio 2007 (RJ 2007/5122).
- STS (1.ª) 29 mayo 2006 (RJ 2006/3343).
- STS (1.ª) 23 febrero 2006 (RJ 2006/909).
- STS (1.ª) 22 febrero 2006 (RJ 2006/900).
- STS (1.ª) 11 octubre 2005 (RJ 2005/7237).
- STS (1.ª) 28 septiembre 2005 (RJ 2005/7154).
- STS (1.ª) 12 mayo 2005 (RJ 2005/3994).
- STS (1.ª) 9 junio 2004 (RJ 2004/4426).
- STS (1.ª) 28 febrero 2004 (RJ 2004/1447).
- STS (1.ª) 21 abril 2003 (RJ 2003/3719).
- STS (1.ª) 15 febrero 2001 (RJ 2001/1484).
- STS (1.ª) 13 diciembre 2000 (RJ 2000/9439).
- STS (1.ª) 6 abril 1998 (RJ 1998/1913).
- STS (1.ª) 21 abril 1997 (RJ 1997/3248).
- STS (3.ª) 26 enero 1996 (RJ 1996/775).
- STS (1.ª) 9 enero 1995 (RJ 1995/341).
- STS (1.ª) 30 marzo 1993 (RJ 1993/2541).
- STS (1.ª) 20 noviembre 1990 (RJ 1990/8990).
- STS (1.ª) 21 abril 1990 (RJ 1990/2762).
- STS (1.ª) 17 marzo 1989 (RJ 1989/2161).
- STS (1.ª) 19 julio 1982 (RJ 1982/4256).
- STS (1.ª) 20 febrero 1981 (RJ 1981/534).
- STS (1.ª) 19 junio 1978 (RJ 1978/2357).
- STS (1.ª) 3 junio 1965 (RJ 1965/3812).

3. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas

- STSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal) 24 abril 2012 (RJ 2012/6362).
- STSJ de País Vasco (3.ª) 10 abril 2001 (AS 2001/2094).

4. Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP Valencia (11.ª Civil) 11 diciembre 2019 (JUR 2020/87355).
- SAP Palencia (1.ª Civil) 14 noviembre 2019 (JUR 2020/40224).
- SAP Asturias (6.ª Civil) 16 julio 2018 (JUR 2018/263957).
- SAP Madrid (21.ª Civil) 11 julio 2018 (JUR 2018/241855).
- SAP Alicante (9.ª Civil) 6 febrero 2018 (JUR 2018/162536).
- SAP Barcelona (17.ª Civil) 2 febrero 2018 (AC 2018/258).
- SAP Zaragoza (2.ª Civil) 28 diciembre 2017 (JUR 2018/64476).

- SAP Barcelona (4.^a Civil) 28 julio 2017 (JUR 2017/290060).
- SAP Valencia (11.^a Civil) 27 junio 2017 (JUR 2017/249998).
- SAP Toledo (2.^a Civil) 21 junio 2017 (AC 2017/1119).
- SAP Barcelona (14.^a Civil) 9 junio 2017 (JUR 2017/276469).
- SAP Salamanca (1.^a Civil) 5 junio 2017 (AC 2017/971).
- SAP Barcelona (16.^a Civil) 25 abril 2017 (AC 2017/919).
- SAP Málaga (5.^a Civil) 31 marzo 2016 (JUR 2016/178285).
- SAP Barcelona (14.^a Civil) 26 febrero 2015 (AC 2015/547).
- SAP Murcia (1.^a Civil) 2 diciembre 2014 (JUR 2015/54034).
- SAP Barcelona (19.^a Civil) 25 junio 2014 (JUR 2014/234495).
- SAP Valencia (6.^a Civil) 29 mayo 2014 (JUR 2014/1826).
- SAP La Coruña (4.^a Civil) 24 abril 2014 (JUR 2014/217433).
- SAP Huelva (2.^a Civil) 20 noviembre 2012 (JUR 2013/802).
- SAP Madrid (21.^a Civil) 31 mayo 2012 (AC 2012/506).
- SAP Córdoba (1.^a Civil) 3 noviembre 2011 (JUR 2011/179386).
- SAP Valencia (7.^a Civil) 1 abril 2011 (JUR 2011/282849).
- SAP Madrid (8.^a Civil) 18 mayo 2009 (JUR 2009/269161).
- SAP Alicante (6.^a Civil) 31 julio 2007 (JUR 2007/1873).
- SAP Toledo (1.^a Civil) 29 junio 2007 (JUR 2007/336975).
- SAP Valladolid (1.^a Civil) 7 febrero 2003 (JUR 2003/76283).
- SAP Pontevedra (1.^a Civil) 14 noviembre 2002 (JUR 2002/53410).
- SAP Pontevedra (1.^a Civil) 6 septiembre 2002 (JUR 2002/280298).
- SAP Granada (3.^a Civil) 12 mayo 2001 (AC 2001/1598).
- SAP Badajoz (1.^a Civil) 21 febrero 2000 (RJ 2000/97249).
- SAP Segovia (1.^a Civil) 31 julio 1999 (AC 1999/1957).
- SAP Cáceres (2.^a Civil) 15 abril 1997 (AC 1997/730).
- SAP Badajoz (2.^a Civil) 15 enero 1997 (AC 1997/751).

RESOLUCIÓN DE LA ANTIGUA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución 12 diciembre 2016 [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/01/05/pdfs/boe-a-2017-180.pdf>.

Similitudes y diferencias entre el régimen
general del *falsus procurator* en Derecho
francés y el régimen de los artículos 1843
Code civil y L. 210-6 al. 2 *Code de commerce*.
La visión de un jurista extranjero¹

MAURICIO TRONCOSO REIGADA
Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo compara el régimen general del falsus procurator en Derecho francés con el previsto en Derecho de sociedades para las personas que actúan en nombre de una sociedad en formación (artículo 1843 Code civil y artículo L. 210-6 al. 2 Code de commerce), a fin de poder deducir las similitudes y diferencias entre ambos regímenes jurídicos.

PALABRAS CLAVE

Sociedad en formación, actuante, falsus procurator, asunción de deuda, ratificación.

¹ Este trabajo está destinado al Libro-Homenaje al Prof. Ricardo Alonso Soto. Una versión en francés del mismo verá a la luz próximamente en la *Revue des sociétés*. Agradezco al Prof. Conac su amabilidad en permitirme publicar de forma anticipada una versión en castellano.

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y universidades, «GOBIERNO CORPORATIVO: EL PAPEL DE LOS SOCIOS II» (Ref.: PGC2018-097984-B-I00). Dirs.: Antonio B. Perdices Huetos, y Blanca Bago Oria.

Similarities and differences between the general rules governing the unauthorized agent in French law and the rules of articles 1843 of the *Civil Code* and L. 210-6 *al. 2* of the *Code de commerce*. The view of a foreign lawyer

ABSTRACT

This paper compares the general rules governing the unauthorized agent in French law with those laid down in company law for persons acting on behalf of a company in formation (Article 1843 Code civil and Article L. 210-6 al. 2 Code de commerce), in order to be able to deduce the similarities and differences between the two sets of legal rules.

KEYWORDS

Company in formation, acting person, unauthorized agent, assumption of debts, ratification.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Características del régimen general que resultan de aplicación en Derecho francés para el caso de que se produzca la actuación de un supuesto representante.–III. La regulación contenida en los Artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*: Las reglas aplicables a la sociedad en formación como excepción al régimen general del falsus procurator.–IV. Conclusión y propuesta.–Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el artículo 1843 y el artículo 5 Loi n.º 66-537 (en la actualidad, artículo L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*) fueron introducidos respectivamente por la Loi n.º 78-9 du 4 janvier 1978 y la Loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 con la finalidad de regular en Derecho francés el régimen jurídico al que están sometidos los actos realizados en nombre de una sociedad antes de su inscripción, i.e. durante su proceso de formación.

Dado que la regulación francesa (*cfr.*, artículo 1842 *al. 1 Code civil* y artículo L. 210-6 *al. 1 Code de commerce*) parte de considerar que la sociedad no tiene personalidad jurídica hasta el momento

de la inscripción (a diferencia de lo que ocurría con anterioridad²), resulta indudable que estos preceptos contemplan un supuesto de actuación de un *falsus procurator* (i.e. de actuación de una persona en nombre de otra sin tener poder para ello, puesto que el representado –la sociedad– aún no existe)³.

Este planteamiento, ciertamente, diverge del de aquellos otros ordenamientos europeos dónde se entiende, por el contrario, que la sociedad en formación sí que tiene personalidad jurídica y, por tanto, la actuación en su nombre normalmente será realizada por una persona con poder. Por este motivo, resulta interesante para los estudiosos del Derecho de sociedades en otras jurisdicciones conocer los rasgos fundamentales de esta regulación. Y una buena forma de hacerlo es a través de compararla con las reglas generales que regulan la actuación del *falsus procurator*, puesto que éstas, al obedecer en gran medida a principios similares en distintos ordenamientos, resultan familiares para numerosos juristas europeos. A estos efectos, comenzaremos por el régimen general en Derecho francés (sub II), para pasar a continuación a ver el régimen de los artículos 1843 *Code Civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, al hilo del cual se irán efectuando las oportunas comparaciones (sub III).

Antes de comenzar, sin embargo, es necesario hacer una pequeña indicación terminológica. Desde su promulgación en 1804 hasta la reforma de 2016 el Código Civil francés no contenía una teoría general de la representación. Este hecho, unido a la concepción del mandato en el artículo 1984 *al. 1 Code civil* como una figura indisolublemente ligada a la existencia de un poder de representación, está en la base de la tradicional confusión entre ambas figuras⁴ y,

² *Vid.*, por todos, SINAY, *Revue des sociétés*, 1966, p. 249: «Mais dans la législation antérieure ces opérations réalisaient pleinement la société, parce que la personnalité morale, même des sociétés de capitaux, émanait directement du pacte social. Il n'en va plus de même dans le nouveau système de constitution»; DONDERO, 2019, núm. 537: «Jusqu'à l'adoption de La loi du 4 janvier 1973, la reconnaissance de la personnalité morale de la société civile n'était pas subordonnée à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés. La personnalité morale des sociétés civiles avait été consacrée par la jurisprudence antérieurement à la création du registre du commerce et des sociétés. La cour de cassation n'exigeait que la «constitution» des sociétés (Req., 23 févr. 1891, DP 1891. 1. 337; Les grand arrêts de la jurisprudence civile, n.º 15, note F. Terré et Y. Lequette: Req., 2 mars 1892, DP 1893. 1. 169).». Con respecto a las excepciones a este principio, puede verse GIBIRILA, 2020-2021, núm. 35.

³ *Vid.*, por ejemplo en este sentido LE CANNU, *Bulletin Joly Sociétés*, 1986, p. 867 ss: «le gérant [d'une SARL durant la période de formation] ne représente pas la société parce que celle-ci n'est pas représentable, faute de personnalité».

⁴ *Vid.*, C. GIVERDON: «mandat et représentation sont donc deux institutions que confond le *Code civil*» et «qu'à chaque fois que l'on se retrouve en présence d'un cas de représentation on ait eu tendance à tout ramener au mandat». C. Giverdon, *L'évolution du contrat de mandat, thèse précitée*, spéc. n.º 87, p. 66, apud GILSON-MAES, 2013, núm. 110, p. 72 n. 278. *Vid.*, más ampliamente, núm. 110 y ss. Pp. 72 y ss.

por lo que a nosotros nos interesa aquí, entre mandatario y representante o entre mandante y representado. Por este motivo, y a efectos de claridad, vamos a unificar la terminología a emplear, de manera que hablaremos de supuesto representante («*prétendu représentant*») para hacer referencia también a aquellos casos en los que los autores (sobre todo en relación al contrato de mandato) utilizan la expresión «*prétendu mandataire*» aludiendo a la persona que actúa sin poder en nombre de otra. Y de forma paralela, usaremos la expresión supuesto representado («*prétendu représenté*») para hacer referencia también a aquellos casos en los que los autores (sobre todo en relación al contrato de mandato) emplean la expresión «*prétendu mandant*» aludiendo a la persona en cuyo nombre supuestamente actúa el «supuesto representante».

II. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN GENERAL QUE RESULTAN DE APLICACIÓN EN DERECHO FRANCÉS PARA EL CASO DE QUE SE PRODUZCA LA ACTUACIÓN DE UN SUPUESTO REPRESENTANTE

A los efectos de facilitar la comparación con el régimen de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, vamos a comentar algunos aspectos del régimen general: Las relaciones entre el tercero y el supuesto representado (a); la ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero, salvo que resulten de aplicación las reglas del mandato aparente (b); las acciones que el tercero tiene frente al supuesto representante (c); el mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (d); la eficacia retroactiva de este mecanismo (e); y el margen de libertad del tercero para evitar quedar vinculado con el supuesto representado (f).

a) Las relaciones entre el tercero y el supuesto representado:

No existe consenso con respecto a esta cuestión.

i/ De un lado nos encontramos aquellos autores que aluden a una nulidad (bien porque se limitan a afirmar que «el acto concluido en ausencia de poder es nulo»⁵, o bien porque se limitan a mostrarse partidarios de conceder al supuesto representado una acción

⁵ *Vid.*, GOUGEON, 2016, núm. 254, p. 155: «L'acte conclu en l'absence de pouvoir ou en dépassement de pouvoir contrevient à l'interdiction de s'engager pour autrui sans représentation, la sanction qui doit s'appliquer devrait être la nullité.»; MALAURIE, AYNÉS y GAUTIER, 2020, núm. 413, p. 347: «L'acte conclu par un mandataire sans pouvoir est nul; [...] Mais désormais la nullité est relative.».

de nulidad⁶) o la jurisprudencia que seguía la máxima según la cual «Attendu que la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée»⁷.

ii/ De otro lado, otros autores simplemente se limitan a afirmar que el supuesto representado no está obligado (pero sin indicar, si mantienen esta posición porque consideran que no existe ningún contrato –y por tanto, ningún vínculo del tercero con nadie– o si únicamente la mantienen porque entienden que al menos no existe un vínculo entre el tercero y el supuesto representado)⁸; a este grupo probablemente habría que asimilar aquellos autores que sin ulteriores indicaciones acerca de cuales son las partes de ese acto, se muestran partidarios de la inoponibilidad (i.e. entienden que el acto realizado por el supuesto representante es inoponible al supuesto representado), porque consideran que el supuesto representado es ajeno –es un tercero– al acto realizado por el supuesto representante⁹; la razón es que, si consideran que el supuesto representado es un tercero con respecto al mismo, la consecuencia sería que el supuesto representado no está obligado.

iii/ Otros autores abogan, sin embargo, por la inexistencia¹⁰.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, MOLIÈRE, 2017, núm. 14-17, p. 1550, esp. núm. 16, el cual se mostraba partidario de «Autoriser le représenté à requérir la nullité de l'acte accompli par le représentant en violation de ses pouvoirs». *Vid.*, más referencias en FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 1, p. 1215 nota 1, y núm. 12-14, pp. 1217-1218.

⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, 2 novembre 2005, 02-14.614; Cour de cassation, Chambre civile 1, 9 juillet 2009, 08-15.413; Cour de cassation, Chambre civile 1, 15 janvier 2015, 13-12.479; Cour de cassation, Chambre civile 1, 5 mars 2015, 14-11.461 14-12.723; Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 novembre 2015, 14-23.340; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26 janvier 2017, 15-26.814.

⁸ *Vid.*, RAYNARD y SEUBE, 2015, núm. 540, p. 426 «540. Principe: le mandant n'est pas tenu. Lorsque le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, les actes réalisés ne lient pas le mandant. La règle concerne l'hypothèse où le mandataire a outrepassé ses pouvoirs comme l'indique expressément l'article 1998 du *Code civil*, mais aussi, a fortiori, celle où il agit sans pouvoir».

⁹ *Vid.*, GAUTIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 138: «si la «partie représentée» n'a pas donné de pouvoir, on ne peut considérer qu'elle est un cocontractant, elle se trouve de ce fait tiers au contrat».

¹⁰ *Vid.*, en esta línea COLLART-DUTILLEUL y DELEBECQUE, 2019, núm. 647 p. 585: «Si le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, vend par exemple un bien alors qu'il devait seulement l'administrer, l'acte du mandataire doit être considéré comme nul ou plus exactement comme ne s'étant pas formé»; y con más claridad POSEZ, 2015, núm. 172, p. 302: «172. Nullité de l'offre et inexistence du contrat – L'offre déclarée par un prétendu représentant en réalité dépourvu de toute procuration, ou d'un mandataire agissant au-delà de son pouvoir, n'est pas inexistante: il n'est pas discutable en effet qu'une offre a bien été émise, pour autant que se trouve à présent réfutée l'analyse fictionnelle qui faisait du représenté l'auteur de la volition (455). Simplement, exprimée sans pouvoir de ce faire, le droit ne lui prêterait aucun effet (456), et l'acceptation qui lui serait donnée demeurerait tout aussi impuissante, par conséquent, à conclure le contrat. Jamais formé, ce dernier resterait ainsi, pour sa part, proprement inexistant (457)». *Vid.*, igualmente núm. 260, p. 440: «260. Le consentement d'un tiers au nom du destinataire – Celui qui entendrait accepter l'offre au nom et pour le compte de son destinataire devra être pourvu pour ce faire d'une procura-

iv/ Y, en fin, desde otras posiciones se considera, por el contrario, que existe un vínculo válido, pero viciado de nulidad, pero no se indica si el vínculo lo tiene el tercero con el supuesto representante o con el supuesto representado¹¹.

v/ Esta indefinición también aparece en el nuevo artículo 1156 *al. 2 Code civil*, puesto que al establecer que «Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité», no se sabe si la acción de nulidad que puede ejercitar el tercero hace referencia a que existe una relación entre el tercero y el supuesto representante, pero que es nula, o si lo que existe es una relación entre el tercero y el supuesto representado, pero que es nula.

b) La ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero, salvo que resulten de aplicación las reglas del mandato aparente¹².

Ciertamente, este hecho resulta evidente si se tiene presente que el supuesto representado no está obligado por lo realizado por el supuesto representante, a menos que lo haya ratificado expresa o tácitamente (*cf.*, artículo 1998 *al. 2 Code civil*, a contrario)¹³.

Lo que ya no resulta tan evidente, *rectius* resultaba tan evidente hasta la reforma de 2016, es el mecanismo del que dispone, en el régimen general, el supuesto representado frente a una eventual acción del tercero. Esta era una cuestión a la que no daba respuesta el artículo 1998 *al. 2 Code civil*. Como se ha afirmado de esta norma «Elle ne permet ni de déterminer si l'acte accompli au-delà

tion ou d'un pouvoir légal de représentation. À défaut, l'acceptation qu'il émettrait, existante par ailleurs, ne produirait aucun effet, et le contrat resterait inexistant (1069)».

¹¹ *Cfr.*, WICKER, *Recueil Dalloz*, 2016, núm. 37 p. 1949: «la validité de l'acte accompli sans ou en dépassement de pouvoir ne signifie en aucune façon que le représentant se trouve engagé en lieu et place du représenté. Si le contrat est valable, il est néanmoins imparfait puisque fait défaut le consentement de la partie représentée».

¹² *Vid.*, por ejemplo, Cass. première chambre civile 30 sept. 1997, no 95-19.710, afirmando que el supuesto representado no está obligado frente al tercero, salvo que exista un mandato aparente, por lo realizado por el supuesto representante: «Mais attendu que, statuant sur l'exception opposée par Mme X... aux bénéficiaires des chèques et tirée de l'absence de cause du rapport fondamental, la cour d'appel a retenu que si Mme Y... avait reçu de sa fille une procuration sur son compte bancaire, elle n'avait pas reçu, pour autant, mandat de contracter ou de garantir des emprunts, les époux Z... ne démontrant pas davantage qu'ils étaient en droit de se prévaloir d'un mandat apparent; qu'elle en a déduit à bon droit que Mme X... n'était pas tenue de rembourser les sommes que Mme Y... avait ainsi empruntées à titre personnel».

¹³ Article 1998 *al. 2 Code civil*: «Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement».

Vid., RAYNARD y SEUBE, 2015, núm. 540, p. 426 «L'exécution des engagements contractés au-delà du pouvoir donné par le mandant. 540. Principe: le mandant n'est pas tenu. Lorsque le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, les actes réalisés ne lient pas le mandant. La règle concerne l'hypothèse où le mandataire a outrepassé ses pouvoirs comme l'indique expressément l'article 1998 du *Code civil*, mais aussi, a fortiori, celle où il agit sans pouvoir».

des pouvoirs est simplement inopposable au mandant ou s'il est atteint de nullité ni, dans ce dernier cas, si la nullité est absolue ou relative. Voilà qui explique que la jurisprudence ait précisément hésité sur cette question, même si la Cour de cassation (sous réserve de sa chambre commerciale) semblait se fixer sur une nullité relative invocable par le seul mandant. Il n'est pas utile de s'attarder sur ces circonvolutions jurisprudentielles dans la mesure où la réforme y a précisément mis un terme.»¹⁴ En la actualidad, tras la reforma de 2016, el mecanismo del que dispone el supuesto representado es la posibilidad de alegar la inoponibilidad del acto (*vid.*, el nuevo artículo 1156 *al.* 1 *Code civil* que ha zanjado *lege lata* esa cuestión¹⁵; no obstante, debe indicarse que continua la polémica al menos doctrinal acerca de esta elección del legislador¹⁶).

c) Las acciones que el tercero tiene contra el supuesto representante.

Estas acciones van a estar lógicamente en función de la posición que se mantenga con respecto a las relaciones entre ambos.

En este sentido, por lo que a nosotros nos interesa aquí, es posible aglutinar las diferentes posiciones en dos grupos:

i/ De un lado estarían aquellos planteamientos que, de alguna manera u otra, consideran que existe un vínculo entre el tercero y el supuesto representante (ya sea porque expresamente afirman que entre el tercero y el supuesto representante existe un vínculo válido¹⁷; o porque se limitan a indicar que mientras que no se declare la nulidad, subsiste un acto entre el tercero y el supuesto represen-

¹⁴ *Vid.*, FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 1 p. 1215). Para un análisis de este debate jurisprudencial, véase las numerosas referencias recogidas por FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 1, p.1215 nota 1.

¹⁵ Article 1156 *Code civil*: «L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté».

¹⁶ Sobre este debate véase por todos, FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núms. 4 y ss., pp. 1216 y ss.

¹⁷ *Vid.*, en este sentido FRANÇOIS, el cual, en coherencia con entender que «le remède approprié réside dans l'octroi au tiers contractant de bonne foi d'une action en résolution du contrat, en lieu et place de l'action en nullité prévue à l'article 1156, alinéa 2». (FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 32 p. 1221), considera que «la requalification de l'action en nullité en une action en résolution implique que le tiers contractant et le mandataire soient unis par un contrat en tout point valable» (FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 35, p. 1221) (*vid.*, núm. 33 p. 1221, dónde afirma «Mais le mandataire n'en est pas moins partie au contrat sous le rapport de sa conclusion, ce qui suffit à le rendre obligatoire à son égard (40)»).

Vid., también en este sentido STORCK, 1982, núm. 231 p. 170 el cual afirma que «En principe, le contrat pour autrui conclu par une personne sans pouvoirs, est parfaitement valable.[...] La conséquence de cette analyse apparait alors clairement: le contrat existe, mais il ne peut produire effet à l'égard du tiers: il lui est inopposable» (A. Rieg, *Encycl. Dalloz Rep. Civ.* 2 ed, V Porte-fort nu.. 8 (apud, STORCK, 1982, núm. 231 p. 170, que hace suyo este planteamiento).

tante¹⁸; o porque afirman que el supuesto representante está obligado frente al tercero¹⁹).

Desde estas posiciones, lo coherente sería mantener que el tercero tiene una acción de responsabilidad contractual (algún autor considera de *lege ferenda* que el tercero debería tener además una acción de resolución frente al supuesto representante)²⁰.

ii/ De otro lado estarían aquellos planteamientos que consideran que no existe un vínculo entre el tercero y el supuesto representante. Entre los mismos se encontrarían lógicamente aquellos que de *forma expresa afirman* que en caso de una actuación de un supuesto representante *no existe ningún contrato*²¹. Pero también deberían incluirse aquellos autores *que no dicen nada acerca de la existencia de una relación entre el tercero y el supuesto representante*, normalmente porque consideran que no existe ningún vínculo entre el tercero y el supuesto representante; este sería el caso, en nuestra opinión, de aquellos autores que entienden que lo que existe, por el contrario, es un vínculo (ya sea válido, o viciado de nulidad) entre el tercero y el supuesto representado²².

Pues bien, desde estas posiciones lo coherente, a su vez, sería mantener que lo que el tercero tendría frente al supuesto represen-

¹⁸ TERRE, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNÉDÉ, 2018, núm. 236 p. 266: «Tant que la nullité n'a pas été prononcée, soit que le tiers contractant ne l'ait pas demandé, soit qu'il ait connu le dépassement de pouvoir, l'acte passé subsiste entre le représentant et le tiers contractant.

¹⁹ *Vid.*, MERCADAL, 2016, p. 121 el cual afirma «Mais le représentant reste tenu envers le cocontractant avec lequel il a connu le contrat»

²⁰ Esta es la posición de FRANÇOIS. Así, si se considera que la relación entre el tercero y el supuesto representante es válida (cosa que hace FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 35, p. 1221, «le tiers contractant et le mandataire soient unis par un contrat en tout point valable») entonces lógicamente no se puede mantener que el tercero tenga una acción de responsabilidad extracontractual, sino que, en su caso, tendría que ser contractual. Este es el planteamiento de FRANÇOIS, el cual además, en coherencia con su planteamiento de considerar que «le remède approprié réside dans l'octroi au tiers contractant de bonne foi d'une action en résolution du contrat, en lieu et place de l'action en nullité prévue à l'article 1156, alinéa 2.» (*cfr.*, núm. 32, p. 1221), considera que «le tiers contractant est de bonne foi au sens de l'article 1156, alinéa 2. Il pourra alors obtenir la résolution du contrat conclu avec le mandataire. À défaut, il sera lié par ce contrat et devra attendre que le mandant prenne parti sur sa ratification. En outre, il pourra engager la responsabilité contractuelle du mandataire s'il a subi un préjudice, soit en raison du retard dans l'exécution résultant du temps écoulé jusqu'à la ratification du contrat, soit en raison de sa non-ratification, soit encore en conséquence de sa résolution.» (*cfr.*, núm. 36, p. 1221). Sin embargo, considera que si tercero carece incluso de acción de resolución, si conoce la falta de poder (así, «Le tiers contractant connaissait le dépassement de pouvoir. Il aura alors pris ses risques et devra s'en remettre à la décision de ratification du mandant (sauf à convenir avec le mandataire d'une résolution amiable du contrat conclu hors pouvoir)» (*cfr.*, FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 37, p. 1221).

²¹ *Vid.*, en esta línea COLLART-DUTILLEUL y DELEBECQUE, 2019, núm. 647, p. 585: «Si le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, vend par exemple un bien alors qu'il devait seulement l'administrer, l'acte du mandataire doit être considéré comme nul ou plus exactement comme ne s'étant pas formé». Y con más claridad POSEZ, 2015, puesto que si se mantiene que el contrato es inexistente (ya sea por que se entienda que la oferta es inexistente –*cfr.*, núm. 172, p. 302–, ya sea porque se entienda que la aceptación es inexistente –*cfr.*, núm. 260, p. 440–) entonces hay considerar que no existe ninguna relación jurídica del tercero, ni con el supuesto representante, ni con el supuesto representado.

²² *Vid.*, *supra* los autores mencionados en los apartados i/, ii/ y iii/ dentro de II a)

tante sería, en su caso, una acción de responsabilidad extracontractual (*vid.*, con respecto a la misma los nuevos artículos 1240 y 1241 *Code Civil* introducidos por la reforma de 2016).

* Con todo, debe subrayarse que desgraciadamente son pocos los autores que parecen manifestar esta coherencia²³. Es más, incluso son pocos los que indican siquiera qué tipo de responsabilidad tiene el supuesto representante²⁴. La mayoría, aún considerando que el supuesto representante está sujeto a responsabilidad, no indican el tipo de responsabilidad de la que se trata²⁵.

d) El mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante.

El supuesto representado puede hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante mediante la ratificación (*vid.* artículo 1998 *al. 2 Code civil*).

e) Efecto de este mecanismo.

Esta ratificación surte efectos retroactivos²⁶.

f) El margen de libertad del tercero para evitar quedar vinculado con el supuesto representado.

El tercero que desconozca que el representante no tenía poder, podrá desligarse de este «vínculo contractual viciado de nulidad»

²³ *Vid.*, entre los pocos, GOUGEON, 2016, que tras afirmar que el acto concluido en ausencia de poder es nulo (*cf.*, núm. 254, p. 155: «l'acte conclu en l'absence de pouvoir ou en dépassement de pouvoir contrevient à l'interdiction de s'engager pour autrui sans représentation, la sanction qui doit s'appliquer devrait être la nullité»), indica que la responsabilidad del mandatario es extracontractual cuando se produce una extralimitación de poder, por lo que debe entenderse lo mismo, con mayor motivo, cuando lo que se da es una ausencia de poder (*cf.*, núm. 264 pp. 158-159: «Dans le cas d'un dépassement de pouvoirs, le mandataire engage également sa responsabilité délictuelle à l'égard du cocontractant ainsi qu'à l'égard de tout tiers ayant un intérêt au contrat»).

²⁴ *Vid.*, sin embargo apuntado que la responsabilidad es extracontractual, GILSON-MAES, 2013, p. 205, núm. 350: «350. La responsabilité délictuelle du mandataire: applications. En effet, en droit français, les circonstances dans lesquelles le mandataire peut engager sa responsabilité délictuelle à l'égard des tiers sont envisagées largement et il n'est nul besoin de relever une absence, un dépassement ou un abus de pouvoir.». Parece también considerar que la responsabilidad, en caso de actuación sin poder, es extracontractual, BARBIERI, *Revue des sociétés*, 2021, núm. 9, p. 507.

²⁵ *Vid.*, por ejemplo, TERRE, SIMLER, LÉQUETTE y CHÉNÉDÉ, 2018, núm. 236, p. 266; CHANTEPIE y LATINA, 2016, núm. 389, p. 316; BÉNABENT, 2021, núm. 693, p. 475; KENFACK y RINGLER, 2017, núm. 413, p. 232; SAINTOURENS, *Revue des sociétés*, 2005, p. 155; RAYNARD y SEUBE, 2015, núm. 536, p. 424; WICKER, *Recueil Dalloz*, 2016, núm. 3 p. 1949.

²⁶ *Vid.*, Por todos, MERCADAL, 2016, núm. 387 p. 123; BÉNABENT, 2018, p. 66; COLLART-DUTILLEUL y DELEBECQUE, 2019, núm. 649, p. 587: «La ratification est un mandat rétroactif. Le mandant va donc se trouver lié à l'égard des tiers avec qui le mandataire a contracté et en plein accord avec ledit mandataire. Il ne pourra donc rien lui réclamer, à moins qu'il n'ait réservé ses droits au moment de la ratification. La rétroactivité qui s'attache à cette ratification signifie que l'acte sera considéré comme régulier à compter de sa conclusion, mais aussi que les droits acquis par les tiers dans l'intervalle peuvent être remis en cause».

(ésta es de *lege lata* la posición del legislador francés, *vid.* nuevo artículo 1156 *al.* 2. *Code civil*) invocando su nulidad²⁷ (lo que a efectos valorativos equivale a una revocación de su consentimiento) antes de que el supuesto representado lleve a cabo esta ratificación (*vid.*, nuevo artículo 1156 *al.* 3 *Code Civil*). Por tanto, el tercero tiene un margen de libertad y puede evitar, con su sola voluntad, quedar vinculado con el supuesto representado²⁸.

III. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LOS ARTS. 1843 *CODE CIVIL* Y L. 210-6 *AL.* 2 *CODE DE COMMERCE*: LAS REGLAS APLICABLES A LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN COMO EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DEL *FALSUS PROCURATOR*

La razón por la que debe entenderse que estos preceptos introducen una excepción al régimen general es, en nuestra opinión, clara: los mismos regulan también un caso en el que una persona

²⁷ Para una crítica a esta solución positiva, v. FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 32-38, p. 1221 que considera que el tercero debería disponer de una acción de resolución.

Con respecto a la solución del artículo 1156 *al.* *Code civil*, debe entenderse, en nuestra opinión, que el tercero puede invocar la nulidad no solo como una acción, sino también como una excepción en aquellos casos en los que se ejercitara frente a él una eventual acción de cumplimiento por parte del supuesto representante, en la que éste manifestara claro está que actúa en nombre del supuesto representado. Sin embargo, es necesario indicar que no parece que esta invocación sea posible en el caso de que la acción de cumplimiento sea ejercitada por el supuesto representado, puesto que en este caso debe entenderse que el ejercicio de una acción de cumplimiento por parte de este último implica cuando menos la ratificación implícita de lo realizado por el supuesto representante, por lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1156 *al.* 3 *Code civil*, ya no sería posible invocar la nulidad).

Ciertamente, la situación era distinta antes de la reforma de 2016. Así, aunque algún autor sostenía que el tercero podía alegar la nulidad relativa, con lo que le era posible desvincularse (*vid.* en este sentido, GAUTIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006 p. 138., el cual afirmaba que «dans notre hypothèse, le titulaire du droit de critique, c'est bien le tiers cocontractant. C'est à lui que bénéficie la nullité relative»), ésta no era la posición mayoritaria de la jurisprudencia francesa, puesto que, como ya comentamos, la misma consideraba mayoritariamente que «Attendu que la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée» (Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 2 novembre 2005, 02-14.614; Cour de cassation, Chambre civile 1, 9 juillet 2009, 08-15.413; Cour de cassation, Chambre civile 1, 15 janvier 2015, 13-12.479; Cour de cassation, Chambre civile 1, 5 mars 2015, 14-11.461 14-12.723; Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 novembre 2015, 14-23.340; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26 janvier 2017, 15-26.814). En el mismo sentido se manifestaba un sector de la doctrina [«Dans le sens de l'arrêt commenté, des auteurs ont souligné qu'il serait impossible au tiers de soulever la nullité, celle-ci étant réservée au seul mandant, qui aurait la latitude de s'en prévaloir ou bien de ratifier l'acte; le tiers a cru au pouvoir, il devra s'y tenir (J. Huet, Les principaux contrats spéciaux, 2 e éd. LGDJ, 2001, § 31211; E. Gaillard, note Ass. plén. 28 mai 1982, D. 1983. J.117, concl. Cabannes et 349)», *apud* GAUTIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p.138].

²⁸ *Vid.*, en este sentido FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 23, p. 129 «l'article 1156, alinéa 2, offre au tiers de bonne foi une porte de sortie qui ne dépend que de sa décision»).

(a la que vamos a llamar actuante) realiza un acto en nombre de otra persona, rectius, de una supuesta persona (dado que la sociedad en formación no tiene personalidad jurídica), sin tener poder para ello (obviamente, puesto que el poderdante no existe)²⁹. Por consiguiente, en estos supuestos también estamos en presencia de un caso de *falsus procurator*³⁰, lo que ocurre es que su regulación jurídica difiere de la del régimen general que acabamos ver (*supra* II).

Para constatar estas diferencias vamos seguir el mismo esquema que hemos utilizado en el apartado anterior, analizando las relaciones entre el tercero y el supuesto representado (a), la ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero (b), las acciones que el tercero tiene frente al supuesto representante (c), el mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (d), la eficacia retroactiva de este mecanismo (e) y el margen de libertad del tercero para quedar vinculado con el supuesto representado (f).

Así, en el caso de que una persona actúe en nombre de una sociedad indicando expresamente que la misma está en formación:

a) Las relaciones entre el tercero y el supuesto representado.

En el caso de que una persona actúe en nombre de una sociedad indicando expresamente que la misma está en formación, existe un

²⁹ Como pone de manifiesto la Cour de Cassation, Chambre commerciale, 12 février 1991, 89-15.845 «Mais attendu qu'une société n'acquiert la personnalité morale qu'à compter de son inscription au registre du commerce et des sociétés, peu important à cet égard qu'elle soit tenue, lorsqu'elle les a ratifiés, des engagements pris par les personnes agissant en son nom au cours de la période de formation; qu'il s'ensuit que ces personnes ne peuvent, pendant cette période et, partant, avant le début des opérations de formation, être considérées comme les mandataires de la société». *Vid.*, por ejemplo en la doctrina, BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, 2, p. 263, «la société n'ayant pas d'existence juridique avant son immatriculation, aucune personne ne peut antérieurement se prévaloir de la qualité de mandataire de celle-ci»; MERLE, 2013 núm. 76 p. 111 nota. 5: «les personnes ayant agi au nom de la société en formation ne peuvent pas être considérées comme des mandataires de la société, Com 3 janv. 1996, Bull. Joly 1996. 314, n.º 108, C. Prieto»; DONDERO y LE CANNU, 2019, núm. 344 p. 254. «Diverses chambres de la Cour de cassation ont jugé, dans cette logique, qu'une société en formation ne peut contracter elle-même, qu'elle ne peut agir en justice, ou que les personnes qui agissent au nom d'une telle société ne peuvent, pendant la période de formation, être considérées comme ses mandataires».

³⁰ Parecen considerar también que en estos casos estamos en presencia de un *falsus procurator*; MALAURIE, AYNÉS y GAUTIER, 2020, núm. 413, p. 347.: «413. Absence de pouvoirs. L'acte conclu par un mandataire sans pouvoir est nul. 1 la nullité est relative. Pas davantage le contrat n'est conclu avec le mandataire, qui voudrait s'en prévaloir. En revanche, il peut lui être opposé lorsqu'il s'agit d'actes conclus pour le compte d'une société en formation (art. 1843; C. com., art. L. 210-6): si la société ne «reprend» pas les actes, le prétendu mandataire est personnellement engagé»

vínculo obligatorio válido entre el tercero y el actuante (supuesto representante) (*cf.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*³¹)³².

Por tanto, a diferencia de lo que veíamos que ocurría en aplicación de las reglas generales con la relación entre tercero y supuesto representante [*vid.*, *supra* II a)], en este caso (i.e. la relación entre el tercero y el actuante) no cabe sostener que el vínculo entre los mismos sea nulo o que no exista vínculo entre ellos o que el contrato sea inexistente³³.

La existencia de un vínculo obligatorio válido entre el tercero y el supuesto representante resulta indiscutible si tenemos en cuenta dos cosas:

i/ Primero, que estos preceptos prevén [como veremos a continuación *infra* III d)] que la sociedad (supuesto representado) puede hacer suyos los actos realizados por el actuante (supuesto represen-

³¹ Article 1843 *Code civil*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci.»

Article L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société.»

³² *Vid.*, por ejemplo DONDERO, *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, p. 17 «Si la société n'est pas immatriculée, ou bien si le contrat n'est repris par elle, c'est sur le signataire, ou sur les personnes que celui-ci représentait en concluant l'acte (en clair: les associés de la société en cours de constitution), que pèsent les conséquences du contrat». En el mismo sentido, MASSART, 2016, núm. 137 «La problématique du sort des actes passés pendant la période de conception de la société est connue. Comme la société n'acquiert la personnalité juridique qu'au moment de son immatriculation, les actes accomplis par les dirigeants entre le moment de la signature du contrat de société et son immatriculation ne peuvent être accomplis au nom d'une personne morale qui n'existe pas encore. Les articles 1843 du *Code civil* et L. 210-6 du *Code de commerce* permettent de surmonter cette difficulté en prévoyant que les engagements contractés pendant la période de formation de la société pèsent sur ceux qui les ont contractés, sauf s'ils sont repris par la société après son immatriculation. Cette faculté de reprise ressemble étrangement à une cession de contrat dans la mesure où il y a effectivement une cession de la qualité de partie au contrat, la société régulièrement immatriculée se substituant au dirigeant ayant conclu le contrat au nom de la société en formation.» COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY, 2019, núm. 330 p. 126 «Jusqu'à a une éventuelle reprise, l'acte n'engage donc que son auteur, qui est tenu en qualité de partie de l'acte et non au titre d'une quelconque responsabilité. Par conséquent, s'agissant d'un emprunt contracté pour le compte d'une société en formation et non repris après immatriculation, l'associé est personnellement tenu en qualité d'emprunteur, de sorte que l'article 1415 du *Code civil* est applicable à son engagement»

Parece mantener una visión distinta DAUBLON, que considera que «est-ce le signataire qui se retrouvera finalement contractant si la personne morale n'accède pas à la vie juridique ou ne reprend pas la convention à son compte.» (v DAUBLON, Répertoire Defrénois 1977, art. 31393, núm. 9, p. 668).

³³ Indican también esta diferencia MALAURIE, AYNÉS y GAUTIER, 2020, núm. 413, p. 347

tante) por medio de una «reprise» (asunción) de los mismos; y solo es posible prever esto si se considera que existe un vínculo válido entre el tercero y el actuante (supuesto representante).

ii/ Y segundo, que en los casos en los que efectivamente no se llega a producir la inscripción de la sociedad en formación o no tiene lugar esta «reprise» (asunción), a pesar de todo se entiende que entre el actuante y el tercero existe un vínculo obligatorio válido³⁴ [es necesario indicar que este vínculo no es, sin embargo, asimilable al que hubiera existido entre ellos en el caso de que el actuante hubiera actuado en nombre propio con el tercero, puesto que en el primer caso, i.e cuando el actuante actúa en nombre de la sociedad en formación, este acto es susceptible de la «reprise» (asunción) prevista en los artículos 1843 *Code Civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, mientras que en el segundo caso, i.e cuando el actuante ha actuado en nombre propio con el tercero, este acto solo es susceptible de una «cession de dette» regulada en las reglas generales (*vid.*, el nuevo artículo 1327 *al.1 Code civil*) (acerca de la diferencia entre ambas *vid.*, *infra* III d) ii/)].

Otra cosa es que, desde una perspectiva de Derecho comparado, resulte peculiar (y sorprendente) que los artículos 1843 *Code Civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* consideren que existe un vínculo contractual (válido) entre el tercero y el actuante, a pesar de que éste último no ha actuado en nombre propio, sino en nombre ajeno. En otros ordenamientos esto no resulta posible, en aplicación de las reglas generales en materia de actuación de un *falsus procurator* (*vid.*, por ejemplo §§ 177-179 BGB³⁵ y artículo 1259 II Código Civil).

³⁴ *Vid.*, MERLE, 2021, núm. 101, pp. 128-129 «Conséquences du défaut de reprise. Il peut arriver que la société ne soit pas immatriculée ou qu'étant immatriculée tout ou partie des actes accomplis au cours de la période constitutive ne soient pas repris. En ce cas, les personnes qui ont accompli les actes passés au nom de la société en formation ou qui ont donné mandat pour les accomplir restent seules tenues envers leurs cocontractats, indéfiniment et solidairement entre elles le cas échéant (art. L. 210-6). [...] Toutefois, es personnes responsables ne sont que celles qui ont agi personnellement pour le compte de la société en formation et non pas toutes celles qui ont participé a la constitution». En el mismo sentido, GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1569, p. 64

³⁵ Así, de acuerdo con estas reglas generales (que resultan también de aplicación a los supuestos de actuación en nombre de una sociedad todavía no existente (*vid.*, por ejemplo, SCHUBERT, 2018, §177 Rdn 4: «§177 greift ein, wenn der Vertreter für eine noch zu gründende Gesellschaft sowie für die gegründete, aber noch nicht rechtsfähig entstandene juristische Person (zB Vorgesellschaft der AG oder GmbH) agiert hat»), se afirma con claridad, a propósito de la posibilidad que según el §179 Abs. 1 BGB el tercero tiene de optar por compeler al *falsus procurator* a cumplir el contrato, que «Verlangt der Geschäftsgegner von dem Vertreter Erfüllung des Vertrages, so hat dies nicht zur Folge, dass der Vertreter Vertragspartner wird (BGH NJW 1970, 240 [241]; 1971, 429 [430]; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer Rn. 9; Soergel/Leptien Rn. 16; Staudinger/Schilken, 2019, Rn. 12; RGRK-BGB/Steffen Rn. 9; Palandt/Ellenberger Rn. 5; Flume BGB AT II § 47, 3a; Klingbeil ZfPW 2020, 150 [162]). Zwischen Geschäftsgegner und Vertreter entsteht aber ein gesetzliches Schuldverhältnis, dessen Inhalt mit dem des vollmachtlos abgeschlosse-

b) La ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero.

El supuesto representado (la sociedad) no está obligado frente al tercero.

La situación con respecto a este segundo punto de comparación parece a primera vista similar o equiparable a la que se produce cuando resultan de aplicación las reglas generales [*vid.*, *supra* II b)].

Un análisis más cuidadoso, sin embargo, lleva a la necesidad de hacer algunas precisiones, de un lado, con respecto a los supuestos en los que son de aplicación las reglas especiales de los arts 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* y, de otro, con relación a lo que puede hacer el supuesto representado frente a una eventual pretensión del tercero.

i/ En el caso de la representación en nombre de la sociedad en formación, como ya hemos indicado, el supuesto representado en puridad no existe (porque carece de personalidad jurídica) en el momento de celebrar el acto (y puede que no llegue a existir nunca), con lo que si ponemos el foco en ese momento, está claro que en ese momento, ni el supuesto representado puede estar obligado (para empezar porque ni siquiera existe), ni podría ser planteable que el tercero, correlativamente, pudiera ejercitar ninguna acción de cumplimiento contra él (por este mismo motivo). Es decir, la razón de la inexistencia de esta obligación o, en su caso, de la imposibilidad de accionar del tercero, obedece en esta situación a una circunstancia previa: el supuesto representado no existe (éste no es el escenario, o en el caso de que se admita desde luego no es el escenario usual, del que parten las reglas generales).

ii/ Esta misma circunstancia (i.e. la inexistencia del supuesto representado) probablemente impide que en estos casos, i.e. cuando se actúa en nombre de una sociedad en formación, sea posible plantearse como excepción la existencia de un mandato aparente, a diferencia de lo que ocurre cuando resultan de aplicación las reglas generales [*supra* II b)]³⁶.

nen Vertrages übereinstimmt (BGH NJW 1970, 240 [241]; WM 1990, 1450 [1452]; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer Rn. 9). (*Vid.*, SCHÄFER, 2021, § 179 Rn. 20).

³⁶ Debemos indicar, no obstante, que cuando la jurisprudencia (y la doctrina) se ha planteado la posible aplicación de la teoría del mandato aparente a la sociedad en formación, la ha excluido por considerar que no existía una creencia legítima del tercero y no porque el presunto representado no existiera. Así, la sentencia Cass. com. 22 juill. 1986, François c/SARL Restaurants français afirma «qu'en déduisant que ce dernier n'avait pas été trompé par l'étendue des pouvoirs exercés par M. Danneker, elle a justifié légalement sa décision en ce qu'elle a écarté l'existence d'une croyance légitime à un mandat apparent» (Cass. com. 22 juill. 1986, François c/ SARL Restaurants français, *Bulletin Joly Sociétés*, 1986, 9, p. 867 ss, note LE CANNU, que se felicita de la decisión).

iii/ Por último, también son distintos los mecanismos o, más exactamente, lo que puede hacer el supuesto representado frente a una eventual pretensión del tercero. Así, en el caso de las reglas generales el mecanismo del que dispone el supuesto representado frente a una eventual acción del tercero, como hemos visto [*supra* II b)], es alegar la inoponibilidad del acto realizado por el supuesto representante (*vid.*, el nuevo artículo 1156 *al.* 1 *Code civil*). Por el contrario, en el caso de las reglas societarias, lo que puede hacer el supuesto representado (en la hipótesis de que finalmente la sociedad se inscriba y por consiguiente llegue a existir), como veremos [*infra* III d)], es no efectuar una «reprise» (asunción) de los actos realizados por el supuesto representante (el actuante) (*cfr.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*), cosa que podrá hacer a menos, claro está, que la reprise (asunción) no haya tenido ya lugar con la inscripción.

c) Las acciones que el tercero tiene contra el supuesto representante.

El tercero puede ejercitar acciones contractuales contra el actuante (supuesto representante), puesto que, como hemos visto, entre ellos existe un vínculo contractual válido [*supra* sub a)].

Esto supone, entre otras cosas, que el actuante (supuesto representante) tiene una responsabilidad contractual frente al tercero (*cfr.*, en este sentido artículos 1843 *Code civil* y especialmente L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*: Article L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce* que afirma: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis»).

En este punto, por tanto, podría darse una diferencia con respecto a los casos a los que resultan de aplicación las reglas generales, puesto que, con respecto a los mismos, como ya comentamos [*vid.*, *supra* II c)], era objeto de debate si en esos casos existía un vínculo entre el tercero y el supuesto representante o no, lo que debería traer como consecuencia, en buena lógica, que la responsabilidad del supuesto representante fuera contractual o extracontractual.

La Cour de cassation ya había rechazado anteriormente la aplicación del mandato aparente a una sociedad en formación, no porque fuera incompatible (cuestión sobre la que la sentencia no entra a discutir), sino por entender que «cette motivation surabondante. La responsabilité solidaire et indéfinie résultant de l'article 5 est spécifique. Elle suffit à assurer la sécurité des tiers et le fait sûrement mieux que l'application de la théorie du mandat apparent» (CHAMPAUD, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1981, p. 763).

d) El mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante.

La sociedad (supuesto representado) puede hacer suyos los actos realizados por el actuante (supuesto representante) mediante la «reprise» (asunción) de los mismos (lo que daría lugar a una sustitución del deudor).

En relación con esta cuestión es necesario, en primer lugar, preguntarse por la naturaleza jurídica del mecanismo previsto en estos artículos para que la sociedad pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante (i.e., de la «reprise» (asunción)) (i/); en segundo lugar, es preciso poner en evidencia las diferencias entre que la «reprise» (asunción) y la «cession de dette» regulada en las reglas generales de los nuevos artículos 1327 a 1328-1 *Code civil* (ii/).

i/ Comenzando con la naturaleza jurídica de la «reprise» (asunción) prevista en los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, ésta es una materia sobre la que se han expresado opiniones distintas, tal vez porque hasta la reforma de 2016 el Derecho francés no había regulado la figura de la «cession de dette» (*vid.*, nuevos artículos 1327 à 1328-1 *Code civil*)³⁷ (figura que, si no se puede identificar totalmente, al menos se asemeja a figuras de otros ordenamientos continentales, como por ejemplo la *Schuldübernahme* en Derecho alemán o la *asunción de deuda* en Derecho español³⁸). De esta manera, por ejemplo, se mantuvo que «La justification juridique de la solution n'est pas évidente. Aucune des explications doctrinales proposées n'est vraiment satisfaisante: stipulation pour autrui, application aux personnes morales de l'adage «infant conceptus pro nato habetur»..., gestion d'affaires. L'engagement pris sous condition résolutoire de la reprise par la société est peut-être la moins mauvaise explication (2)»³⁹. O incluso se ha considerado, al menos por lo que respecta al artículo L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, que este precepto «Ainsi se trouve donc consacrée cette sorte de «mandat rétroactif», que l'on peut rattacher à la ratification envisagée par l'article 1998, alinéa 2, du

³⁷ *Vid.*, por ejemplo, MALAURE, AYNÉS y STOFFEL-MUNCK, 2018, núm. 1437, p. 814: «Longtemps, depuis que la cession de dette est une question agitée (fin du XIX siècle) jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, on lui a donné un sens technique: le droit français ne disposait pas de «une institution symétrique à la cession de créance, qui aurait permis la cession de dette»

³⁸ *Vid.*, LASSERRE, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1578 la cual afirma que «Introduire la circulation des dettes est une véritable révolution rapprochant le droit civil français du droit allemand qui a intégré la cession de dette (*Schuldübernahme*) en 1896 dans le code civil (BGB)». Ver también acerca de las similitudes y diferencias entre la cession de dette y la *Schuldübernahme* LEHMANN, 2015, pp. 224 ss

³⁹ *Cfr.*, Y Guyon, núm. 164; comp. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, n. 1061 (apud, MERLE 2021, núm. 100 p. 128, n. 4). Y siguiendo a los anteriores RAVEL D'ESCLAPON, *Revue des Sociétés*, 2019, núm. 5 p. 108. *Vid.*, también SAINTOURENS, 2012, p. 1019

Code civil (V. obs. préc. Hallouin)»⁴⁰. Así las cosas, la reforma de 2016 tendría que servir para despejar las eventuales dudas y dejar claro que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* regulan, bien verdaderos supuestos de «cessión de dette», bien de una figura que se asemeja a la misma⁴¹.

Aclaradas las eventuales dudas que pudieran subsistir acerca de la naturaleza jurídica del mecanismo previsto en estos artículos para que la sociedad pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante (la reprise (asunción)), resulta evidente que en este punto existe una diferencia importante, por no decir esencial, con respecto al régimen general, de la que traen causa las demás divergencias. Y ello, porque cada regulación, la general y la societaria, utiliza mecanismos completamente diferentes.

Así, como ya tuvimos ocasión de comentar [*vid.*, *supra* II d)], el mecanismo previsto en las reglas generales (*cfr.*, artículo 1998 *al. 2 Code civil*) para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante es la ratificación, que es una declaración de voluntad del supuesto representado que tiene como efecto crear un vínculo obligatorio *ex novo* entre éste y el tercero, donde antes no existía, en nuestra opinión, ningún vínculo obligatorio.

Por el contrario, como acabamos de analizar, el mecanismo previsto en las reglas societarias (*cfr.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*) para que el supuesto representado (la sociedad) pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (el actuante), es la reprise (asunción), que es una declaración de voluntad del supuesto representado que tiene como efecto, no crear un vínculo obligatorio, sino únicamente producir una sustitución del deudor; es decir, en virtud de la misma la sociedad (supuesto representado) va a subentrar en la posición del supuesto representante (el actuante) en el vínculo obligatorio preexistente que ya tenía éste con el tercero.

⁴⁰ *Vid.*, LIENHARD, *Dalloz actualité*, 10 juillet 2008.

⁴¹ Así en esta línea parece moverse Didier, 2000, p. 554, el cual propone que «Il suffirait ensuite de considérer que la société peut décider de reprendre ces engagements et ceci rétroactivement, puisque la loi le dit mais que cette reprise s'analyse en une novation et requiert donc l'accord expresse ou tacite des créanciers».

Vid., no obstante, MASSART, 2016, núm.137 el cual considera que «Cette faculté de reprise ressemble étrangement à une cession de contrat dans la mesure où il y a effectivement une cession de la qualité de partie au contrat, la société régulièrement immatriculée se substituant au dirigeant ayant conclu le contrat au nom de la société en formation». *Vid.*, también GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1570, p. 66 que consideran que se trata de un mecanismo original: «Le mécanisme original institué par les textes récents implique que la volonté des personnes qui agissent pour le compte de la société en formation est suffisante pour faire naître des droits ou des obligations au profit ou à la charge de la société sous la condition que toutes les formalités légales seront accomplies. La construction juridique est laborieuse, mas les résultats pratiques sont utiles».

Esta divergencia, por lo demás, constituye también un punto de separación con otros ordenamientos de Derecho comparado como el alemán o el español en los que, por el contrario, se aplica el mecanismo previsto en las reglas generales para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (la ratificación), también a los casos en los que el supuesto representado sea una sociedad que quiera hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante, i.e. el actuante (*cf.*, por ejemplo en Derecho español el artículo 38.1 LSC)⁴².

En otras palabras, desde una perspectiva de Derecho comparado, existe una diferencia radical entre (a) el mecanismo previsto en Derecho francés para que la sociedad inscrita haga suyos los actos realizados durante la etapa en formación (que consiste en una «reprise» (asunción) de los mismos y (b) el mecanismo previsto en Derecho alemán y español para que la sociedad inscrita haga suyos estos actos (que se instrumentaliza a través de la ratificación por parte de la misma de estos actos realizados en su nombre –aunque en propiedad no es en su nombre, sino en nombre de la sociedad en formación, hay una continuidad en la personalidad jurídica entre una y otra⁴³– por parte de un representante sin poder).

ii/ Aclarada la cuestión de la naturaleza jurídica del mecanismo previsto en estos artículos para que la sociedad pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante, es necesario, sin embargo, en segundo lugar, poner en evidencia que la «reprise» (asunción) contemplada en las reglas especiales de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* presenta dos importantes diferencias con respecto a la «cession de dette» regulada en las reglas generales de los nuevos artículos 1327 a 1328-1 *Code civil*.

⁴² En la doctrina alemana véase, por ejemplo, SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 21., el cual con respecto a los contratos realizados antes de la constitución de la sociedad, en nombre de la futura sociedad en formación o de la futura sociedad inscrita afirma «Da diese Gesellschaft noch nicht wirksam vertreten werden kann, muss sie den Vertrag gemäß § 177 BGB noch genehmigen»; en el mismo sentido, BLATH, 2017, §11 Rn. 37; FASTRICH, 2019, §11 Rn. 37; véase también ULMER y LOBBE, 2019, §2 Rn. 60 y especialmente Rn. 91, dónde con relación a los negocios celebrados por los administradores después de la constitución de la sociedad, pero antes de su inscripción afirma, «Einer Genehmigung der von den Geschäftsführern der Vor-GmbH abgeschlossenen Geschäfte nach § 177 BGB für die eingetragene GmbH bedarf es nur in denjenigen Fällen, in denen die Geschäftsführer außerhalb ihrer Vertretungsmacht (→ Rn. 68 f.) gehandelt und die Vor-GmbH daher nicht wirksam berechtigt und verpflichtet haben».

En la doctrina española puede verse SÁEZ LACAVE, 2011, pp. 446-449 y con más detalle ID, 2001, pp. 356-365; VELA TORRES, 2021, p. 814.

⁴³ Acerca de la continuidad en la personalidad jurídica entre la sociedad en formación y la sociedad inscrita, véase en la doctrina española SÁEZ LACAVE, 2011, p. 446 y con más detalle ID, 2001, pp. 351-356; VELA TORRES, 2021, p. 813. La doctrina alemana, por su parte, se muestra dividida. Así, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la *Kontinuität* (v. por todos, ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn. 11-12, 89) otros se inclinan por la tesis de la *Identität* (v. por ejemplo SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 31, 152: „Die Eintragung bewirkt einen Formwechsel des identisch bleibenden Rechtsträgers von der Vor-GmbH zur fertigen GmbH«e *ibi* posteriores referencias bibliográficas).

De un lado, la «cession de dette» regulada en las reglas generales precisa del consentimiento del acreedor (*vid.*, el nuevo artículo 1327 *al.* 1 *Code civil*⁴⁴), mientras que en la «reprise (asunción)» de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*, «l'accord du créancier n'est pas exigé»⁴⁵ y ello porque «cette reprise décidée unilatéralement par la société»⁴⁶. En otras palabras, en estos casos se le impone al acreedor la sustitución del deudor⁴⁷.

Y, de otro lado, la «cession de dette» regulada en las reglas generales tiene una eficacia *ex nunc*⁴⁸; por el contrario, la «reprise (asunción)» de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce* tiene una eficacia *ex tunc*, retroactiva, *ab initio* del acto⁴⁹.

e) Efecto de este mecanismo.

Esta reprise (asunción) se produce en el momento en el que se cumplan los presupuestos previstos en los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*, pero surte efectos *ex tunc*.

⁴⁴ Article 1327 *al.* 1: «Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.».

⁴⁵ LE CANNU, *Revue des sociétés*, 1987, p. 595: «Ceux-ci risquent d'être victimes de la substitution de débiteur autorisée par les articles 5 et 1843. Contrairement à l'hypothèse de la novation par substitution de débiteur, l'accord du créancier n'est pas exigé».

Vid., no obstante DIDIER, 2000, p. 554., que mantiene una posición distinta. Según este autor «Il suffirait ensuite de considérer que la société peut décider de reprendre ces engagements et ceci rétroactivement, puisque la loi le dit mais que cette reprise s'analyse en une novation et requiert donc l'accord expresse ou tacite des créanciers».

⁴⁶ *Vid.*, BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, p. 257

⁴⁷ *Vid.*, DONDERO y LE CANNU, 2019. núm. 345, p. 255: «si la reprise est accomplie dans les formes légales, les tiers se voient imposer une substitution de débiteur. *Vid.*, BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, p. 257: «cette reprise décidée unilatéralement par la société ne donnera pas au créancier deux débiteurs au lieu d'un, mais remplacera le débiteur initial par un autre débiteur, sans que le créancier ne puisse s'y opposer».

⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo Article 1327-2: «Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir».

⁴⁹ *Vid.*, artículo 1843 «La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci»; artículo L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*: «Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société».

Vid., por ejemplo en la doctrina, comparando los efectos de la reprise con los de una cláusula de sustitución (que a nuestros efectos es equivalente a una cesión de crédito en la que se acuerde la liberación del antiguo deudor), RAVEL D'ESCLAPON, *Revue des Sociétés*, 2019, núm. 9, p. 109: «9. Du reste, l'absence d'équivalence entre les deux modes de transfert tient surtout aux effets de l'un et de l'autre. La reprise traditionnelle du droit des sociétés comporte un effet rétroactif. C'est tout son intérêt. Ainsi, l'on considère que la société immatriculée prend alors la place du souscripteur, comme si elle avait toujours été le cocontractant. En revanche, l'effet de la substitution de droit commun n'est pas de cet ordre. Celle-ci ne déploie pas de dimension rétroactive; elle ne vaut que pour le futur. L'amplitude de la substitution, dans ses conséquences, n'est donc pas la même que pour la reprise, et l'on imagine que la pratique continuera d'opter pour une rédaction, dans la souscription des actes, permettant tout à la fois la reprise classique et, à défaut, la substitution, dont il convient à présent d'envisager les conditions».

En el mismo sentido TISSEYRE, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1025. la cual hablando de una «clause de substitution» afirma que «Il faut tout de même relever que ce transfert n'a aucun effet rétroactif, à la différence de celui de la reprise».

No faltan, sin embargo, autores que cuestionan que la reprise tenga una eficacia *ex tunc* (así DIDIER, 2000, p. 553, afirma que «C'est sans doute le principe même de la rétroactivité qui mériterait d'être remis en cause».

De nuevo en este punto se constatan divergencias entre las consecuencias a las que conduce la aplicación de las reglas societarias y las que se originan cuando resultan de aplicación las reglas generales [vid., supra II e)]. Estas divergencias derivan del hecho de que, como hemos comentado anteriormente [vid., supra III d)], los mecanismos para que el supuesto representado haga suyos los actos realizados por el supuesto representante son completamente distintos en el caso de las reglas generales (la ratificación, cfr., artículo 1998 al. 2 *Code civil*), que en el de las reglas societarias [la reprise (asunción) cfr., artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 al. 2 *Code de commerce*].

Como además las dos surten efecto retroactivamente (*ex tunc*), la consecuencia sería que:

i/ cuando resultan de aplicación las reglas generales, la declaración de voluntad del supuesto representado (la ratificación) va a dar lugar, en nuestra opinión, a la creación de un vínculo obligatorio *ex novo* entre el supuesto representado y el tercero, con efectos desde el momento en el que tuvo lugar el acto del supuesto representante con el tercero;

ii/ mientras que cuando resultan de aplicación las reglas societarias, la declaración de voluntad del supuesto representado [la reprise (asunción)] lo que va a dar lugar es a que el supuesto representado (la sociedad) sustituya al supuesto representante (el actuante) *ab initio* (i.e. desde el momento en el que tuvo lugar el acto del supuesto representante con el tercero) en el vínculo obligatorio que ya tenía el supuesto representante (el actuante) con el tercero.

En otras palabras, en ambos casos hay una eficacia *ex tunc*, pero en un escenario (reglas generales) se crea retroactivamente un vínculo obligatorio *dónde no existía ninguno*, mientras que en el otro (reglas societarias) se produce una sustitución *ab initio* en un vínculo obligatorio *que ya existía*. De ahí que, en el primer caso, el supuesto representante nunca ha tenido un vínculo obligatorio con el tercero, mientras que en el segundo ha existido ese vínculo obligatorio entre el tercero y el supuesto representante (por más que se considere que, en el mismo momento en el que supuesto representante celebró el acto, fue sustituido por el supuesto representado).

Las anteriores observaciones son relevantes. Así, aunque el resultado final, desde un punto de vista práctico o fáctico, se parece mucho (en ambos casos se construye la ficción de que el supuesto representado ha estado vinculado con el tercero desde el momento en el que el supuesto representante realizó el acto), hay que tener

presente que (a) mientras que en el caso de la ratificación prevista en las reglas generales se crea, en nuestra opinión, una relación *ex novo*, en la que no juega ningún papel el supuesto representante, (b) en el caso de la reprise (asunción) prevista en las reglas societarias la ficción consiste en sustituir *ab initio* al supuesto representante en una relación jurídica que éste tenía con el tercero (en la que, por consiguiente el supuesto representante ya jugaba un papel), lo que no parece que sea igual (pensemos por ejemplo el caso de que haya concurrido un vicio del consentimiento en la actuación del supuesto representante –*vgr.*, haya habido error o intimidación–).

Por decirlo de otra forma, (a) mientras que en el caso de la ratificación, el supuesto representante siempre permanece al margen del vínculo jurídico entre el tercero y el supuesto representado, (b) en el caso de la reprise (asunción), es como si la relación entre el supuesto representante y el tercero se extinguiera, lo que tal vez no excluya que pudiera «renacer» en el caso de que la reprise (asunción) fuera anulada, por lo que no parece que quede del todo al margen; o dicho tal vez de forma más gráfica, en el caso de la ratificación es como si el supuesto representante nunca estuviera presente, mientras que en el caso de la reprise (asunción) es como si se quedara al margen.

f) El margen de libertad del tercero para evitar quedar vinculado con el supuesto representado.

El tercero, una vez que queda vinculado con el actuante (supuesto representante), no puede evitar que esta «reprise» (asunción) se produzca; en otras palabras, no tiene un margen de libertad, ni depende de su voluntad, para poder evitar quedar vinculado con la sociedad (supuesto representado).

En este punto se produce nuevamente una diferencia con el régimen general. Así, como ya vimos [*vid.*, *supra* II f)], cuando resultan de aplicación las reglas generales, el tercero que desconocía que el representante no tenía poder, podía desligarse de este «vínculo contractual viciado de nulidad» (como vimos, ésta es de *lege lata* la posición del legislador francés) invocando su nulidad (lo que a efectos valorativos equivale a una revocación de su consentimiento) antes de que el supuesto representado lleve a cabo esta ratificación (*vid.*, nuevo artículo 1156 *al.* 3 *Code Civil*). Por consiguiente, decíamos que, cuando resultan de aplicación las reglas generales, el tercero tiene un margen de libertad y puede evitar, con su sola voluntad, quedar vinculado con el supuesto representado.

Sin embargo, el tercero no goza de esta posibilidad en el caso de que resulten de aplicación las reglas societarias, ya que en las mismas, a diferencia de lo previsto en el artículo 1156 *al. 3 Code Civil*, no está previsto que el tercero disponga de un mecanismo equivalente a esa acción de invocación de la nulidad, que le permita desligarse del contrato.

IV. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

En las paginas anteriores hemos tenido ocasión de exponer las reglas generales o comunes que en principio resultan de aplicación a los casos de actuación de un supuesto representante (*supra* sub II) y a continuación las reglas especiales que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* prevén para el caso específico de actuación de una persona (supuesto representante) en nombre de una sociedad en formación (supuesto representado) (*supra* sub II).

En nuestra opinión, la conclusión que se deduce de esta comparación es que, aunque existan algunas similitudes entre ambas regulaciones o, para ser más exactos, las consecuencias a las que conduzcan cada una de ellas puedan ser similares en algunos casos, existen importantes diferencias entre las mismas, tanto con respecto a la existencia o no de un vínculo obligatorio válido entre el tercero y el supuesto representante, como sobre todo con respecto al mecanismo del que dispone el supuesto representado para poder hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante, que son completamente distintos en el caso de las reglas generales (la ratificación, *cfr.*, artículo 1998 *al. 2 Code civil*), que en el de las reglas societarias [la reprise (asunción) *cfr.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*].

A la vista de las cuestiones planteadas en este trabajo la propuesta que tal vez se podría hacer, desde una perspectiva de Derecho comparado, es que debería reflexionarse sobre la conveniencia de reformar los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* para sustituir la expresión «au nom d'une société en formation», por la de «pour le compte de la société en formation» (que es la emplean los preceptos reglamentarios que los desarrollan, *vid.*, artículos R210-5, R210-6 *Code de commerce* y el artículo 6 Décret n.º 78-704 du 3 juillet 1978), o tal vez mejor por la de «en son nom propre mais pour le compte de la société en formation». De esta manera, lo que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* pasarían a contemplar sería la

posibilidad de que la sociedad pudiera asumir los compromisos contraídos por cuenta de la sociedad en formación sin necesidad de que mediara el consentimiento del acreedor, asunción que se entendería producida desde el momento de contraerse el compromiso (i.e surtiría efectos *ex tunc*). Lógicamente, mientras no se produjera esa asunción, seguirían siendo responsables de estos actos las personas que los han realizado, puesto que los han realizado en su propio nombre.

Como resultado de este cambio las reglas de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* dejarían de ser (a) *unas reglas especiales con respecto a las reglas generales para el caso de actuación de un supuesto representante* (dado que, al actuar esas personas en su propio nombre, ya no estaríamos en presencia de un *falsus procurator*), para pasar a ser (b) *unas reglas especiales en materia de cesión de deudas*, en virtud de las cuales, y a diferencia de las reglas generales (*vid.*, el nuevo artículo 1327 *al. 1 Code civil*), sería posible una asunción, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor y que surtiera efectos *ex tunc*.

Una modificación de este tenor tendría, a nuestro parecer, indudables efectos positivos:

De un lado, haría desaparecer las distorsiones que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* introducen con respecto a las reglas generales en materia de *falsus procurator*.

De otro, posibilitaría que las reglas de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* tuvieran un mejor encaje en el ordenamiento jurídico como sistema, ya que, en nuestra opinión, desde un punto de vista sistemático (de los planteamientos del Derecho francés) lo que tiene sentido es pensar que las mismas introduzcan un supuesto especial de cesión de deuda y no de actuación de un supuesto representante. De esta forma sí que pasaría a ser perfectamente lógico (y dejaría, como vimos, de ser sorprendente desde un punto de vista de Derecho comparado), (i) tanto el hecho de que la relación entre el tercero y el actuante sea considerada como una relación válida⁵⁰ (pues el actuante ya no habría obrado sin poder en nombre de la sociedad en formación –i.e. como *falsus procurator*–, sino que lo habría hecho en nombre propio), (ii) como que el mecanismo que se prevea para que la sociedad

⁵⁰ Véanse en este sentido las consideraciones de Posez, 2015, num. 50, p. 114: «Plus encore, le représentant serait ainsi tenu dans l'hypothèse même où il aurait contracté par représentation parfaite, au nom de la personne morale en formation (275), alors que les principes gouvernant le mécanisme de la représentation parfaite suggèrent au contraire que le représentant soit en ce cas juridiquement transparent. C'est ainsi que, même stipulant au nom de la personne morale, le représentant est systématiquement réputé par le droit positif agir en son nom propre, par représentation imparfaite (276)».

pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante, no sea una ratificación (que sería lo que procedería desde una perspectiva de Derecho comparado —o de las reglas generales— si el actuante fuera un *falsus procurator*), sino una reprise (pues ahora estaríamos en presencia de una relación contraída por el actuante en su propio nombre)⁵¹.

Estos efectos positivos se conseguirían, además, sin que cambiaran las consecuencias a las que conduce la aplicación de estos preceptos, puesto que, de un lado, no afectaría a las posibilidades de una reprise (éstas seguirían siendo las mismas, si bien el objeto de la reprise ya no sería «una obligación contraída «au nom d'une société en formation», sino una obligación contraída por el actuante en nombre propio pero por cuenta de la sociedad) y, de otro, el actuante seguiría siendo responsable (si bien esta vez de una obligación contrariada, no en nombre de la sociedad en formación, sino en nombre propio) frente a los terceros en caso de que la reprise no se produjera.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBIERI, Jean-François: «Représentation d'une société en formation: le piège des termes employés» Note sous Cour de cassation, com., 18 novembre 2020, n.º 18-23.239 (F-D), SCI SCPF c/ M. R. et al., *Revue des sociétés*, 2021, pp. 505-507.
- BÉNABENT, Alain: *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, 2021.
- BÉNABENT, Alain: *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- BLATH, Simon: §11 GmbHG, *Michalski GmbHG*, München, 2017.
- BONNARD, Jérôme: «Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation», *Revue des sociétés*, 1992, 2, pp. 255-289.
- CHAMPAUD, Claude: observ. Cass. civ. (Ch. Comm) 11 jun. 1981, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1981, pp. 757-798.
- CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016.
- COLLART-DUTILLEUL, François y DELEBECQUE, Philippe: *Contrats civils et commerciaux*, Paris, 2019.
- COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain y DEBOISSY, Florence: *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- DAUBLON, Georges: «Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce», *Répertoire Defrénois*, 1977, art. 31393, pp. 657-681.

⁵¹ Véase en esta línea Posez, 2015, num. 48, p. 111 el cual señala «Le domaine de la reprise ne vaut en réalité, et en raison, qu'au cas où l'offre aurait été émise sans pouvoir pour le compte de la personne morale, dans l'hypothèse donc où l'assemblée de ses membres n'en aurait conféré aucun».

- DIDIER, Paul: «L'article 1843 du code civil ou de la difficulté d'être européen», *Mélanges offerts à Pierre Drat. Le juge entre deux millénaires*, Paris, 2000, pp. 549-554.
- DONDERO, Bruno: «Société "en course d'enregistrement" n'est pas "en formation"...», *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, pp. 16-17.
— *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- DONDERO, Bruno y LE CANNU, Paul: *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- FASTRICH, Lorenz: §11 GmbHG, *Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz*, München, 2019.
- FRANÇOIS, Jérôme: «L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat», *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 1215-1222.
- GAUTIER, Pierre-Yves: «La théorie du mandat apparent inversée: le supposé mandataire peut l'opposer au tiers, sans qualité pour invoquer la nullité de l'acte», *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 138.
- GERMAIN, Michel y MAGNIER, Véronique: *Les sociétés commerciales*, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- GIBIRILA, Deen: «Art. 1832 à 1844-17 – Fasc. 20: Société–. Dispositions générales. – Immatriculation de la société», *JurisClasser Civil Code*, 2020-2021, núm. 1-67, pp. 1-49.
- GILSON-MAES, Anne: *Mandat et responsabilité civile*, Thèse, 2013.
- GOUGEON, Audrey: *L'intervention du tiers à la formation du contrat*, Thèse, 2016.
- KENFACK, Hugues y RINGLER, Solène: *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- LASSERRE, Valérie: «La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand», *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 1578-1587.
- LE CANNU, Paul: «Note Cass. com. 22 juill. 1986, François c/ SARL Restaurants français», *Bulletin Joly Sociétés*, 1986, 9, p. 867 ss.
— «Note – Les actes permettant d'assurer la reprise des engagements souscrits au nom d'une société en formation (Cassation 21 juillet 1987)», *Revue des sociétés*, 1987, pp. 592-597.
- LEHMANN, Matthias: «La reprise de dette: une perspective allemande», en Schulze, Reiner et al., *La réforme du droit des obligations en France*, Paris, 2015, pp. 223-231.
- LIENHARD, Alain: «Société en formation: validité du mandat de ratification postérieur», *Dalloz actualité*, 10 juillet 2008.
- MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent y GAUTIER, Pierre-Yves: *Les contrats spéciaux*, Paris La Défense, 2020.
- MASSART, Thibaut: «La société, partie à un contrat de cession», en MASSART, Thibaut et al., *Réforme du droit des contrats - Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n.º 147, Mai 2016, dossier 3.
- MERCADAL, Barthélémy: *Réforme du droit des contrats*, Levallois, 2016.
- MERLE, Philippe: *Sociétés commerciales*, Paris, 2013.
— *Sociétés commerciales*, Paris, 2021.
- MOLIERE, Aurélien: «Les sanctions en matière de représentation: point trop n'en faut!», *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 1547-1550.
- POSEZ, Alexis: *L'inexistence du contrat*, Thèse, 2015.

- RAVEL D'ESCLAPON, Thibault: «Substitution ou reprise ? Le transfert d'un acte a la charge d'une société récemment constituée», *Revue des Sociétés*, 2019, pp. 106-110.
- RAYNARD, Jacques y SEUBE, Jean-Baptiste: *Droit civil. Contrats Spéciaux*, Paris, 2015.
- SÁEZ LACAWE, María Isabel: *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, 2001.
- «Art. 38», en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2011.
- SAINTOURENS, Bernard: «Inexistence et nullité de cession des droits sociaux: importantes clarifications de la Cour de cassation», Note sous Cour de cassation (3 civ.) 6 octobre 2004, *Revue des sociétés*, 2005, pp. 152-158.
- «L'acte accompli pour une société en formation: le royaume des incertitudes», en *Mélanges Hauser*, Paris, 2012.
- SCHÄFER, Carsten: § 179 BGB, *BeckOK BGB*, München, 2021.
- SCHMIDT, Karsten: §11 GmbHG, *Scholz GmbH Gesetz*, Band I, Köln, 2018.
- SCHUBERT, Claudia: §177 BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2018.
- STORCK, Michel: *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, 1982.
- SINAY, Robert: «Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et des leurs modifications statutaires», *Revue des sociétés*, 1966, pp. 246-288.
- TERRE, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves y CHÉNÉDÉ, François: *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2018.
- TISSEYRE, Sandrine: «Actes conclus pour une société en formation: de l'effet de la clause de substitution», *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1023-1026.
- ULMER, Peter, HABERSACK, Mathias: §11 GmbHG, *GmbHG Großkommentar*, Tübingen, 2019.
- ULMER, Peter y LOBBE, Matthias: §2 GmbHG, *GmbHG Großkommentar*, Tübingen, 2019.
- VELA TORRES, Pedro: «Artículo 38: Responsabilidad de la sociedad inscrita», en GARCÍA-CRUCES, José Antonio y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Valencia, 2021.
- WICKER, Guillaume: «Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil», *Recueil Dalloz*, 2016, pp 1942-1950.

Gobernanza de las plataformas en línea ante la DSA y las Propuestas de Reglamento de Mercados Digitales e Inteligencia Artificial (DMA y AIA)*

CRISTINA ARGELICH COMELLES

Profesora ayudante doctor de derecho civil, acreditada a contratado doctor
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo aborda los retos que plantea la regulación de las plataformas en línea, a la luz del Reglamento de Servicios Digitales (DSA), las Propuestas de Reglamento de Mercados Digitales e Inteligencia Artificial (DMA y AIA), la P2B Regulation y el RGPD, así como los informes finales del Expert Group for the EU Observatory on the Online Platform Economy y las ELI Model Rules on Online Platforms. El examen jurídico de la materia analiza críticamente sus cuestiones fundamentales: la responsabilidad limitada de las plataformas en línea de la Propuesta de DSA vs. el estudio Liability of Online Platforms del Parlamento Europeo; la autorregulación de las plataformas en línea; el tratamiento legal de los resultados inadecuados causados por la discriminación algorítmica; la defensa de la libre competencia, cuestionada por la colusión algorítmica y abordada en la GWB-Digitalisierungsgesetz; la protección de datos; y la protección del consumidor. Finalmente, se apuesta por una regulación completa del régimen de responsabilidad de las plataformas en línea, como una de las vías propuestas en el estudio Liability of Online Platforms del Parlamento Europeo y desatendida en la DSA. Asimismo, se propone el tratamiento legal de la discriminación algorítmica y la protección de datos como estadios necesarios para una adecuada gobernanza de las plataformas en línea y la salvaguardia de los derechos del consumidor.

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación *Derecho e Inteligencia Artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robótica*, Ref. PID2019-108669RB-100/AEI/10.13039/501100011033, del que es investigadora principal la Prof. Dra. Margarita Castilla Barea.

PALABRAS CLAVE

Plataformas en línea. Algoritmos. Discriminación. Protección de datos. Protección del consumidor. Inteligencia Artificial. Blockchain.

Online platforms governance in the face of the EU's Proposed DSA, DMA & AIA

ABSTRACT

*This paper addresses legal challenges on online platforms regulation considering DSA, the EU's Proposed DMA and AIA, P2B Regulation and GDPR, as well as the final reports of the Expert Group for the EU Observatory on the Online Platform Economy and the ELI Model Rules on Online Platforms. The legal review of this matter critically analyses its essential issues: limited liability of online platforms in the DSA v. the study *Liability of Online Platforms of the European Parliament*; self-regulation of online platforms; remedies for algorithmic discrimination; free competition in algorithmic collusion and its regulation in *GWB-Digitalisierungsgesetz*; data protection; and consumer protection. Finally, the paper argues a complete regulation on online platforms liability, as one of the proposals in the study *Liability of Online Platforms and disattended in the DS*. It also highlights the legal importance of algorithmic discrimination and data protection, as necessary steps for a proper governance of online platforms and consumer protection.*

KEYWORDS

Online platforms. Algorithms. Discrimination. Data protection. Consumer protection. Artificial intelligence. Blockchain.

SUMARIO: I. Las plataformas en línea en un contexto europeo: informes del *Expert Group for the EU observatory on the online platform economy* y *ELI Model Rules on Online Platforms*.—II. Regulación de las plataformas en línea y distinción de figuras afines: especial referencia a las *Platform-to-business relations* de la *P2B Regulation*. 1. Las plataformas en línea y su regulación en la Unión Europea: *Digital Services Act*, *P2B Regulation*, *Digital Markets Act* y *Artificial Intelligence Act*. 2. Responsabilidad limitada de las plataformas intermediarias en línea en la Propuesta de *Digital Services Act* vs. estudio *Liability of Online Platforms* del Parlamento Europeo. 3. Autorregulación de las plataformas en línea mediante mecanismos reputacionales: solución provisional a la discriminación algorítmica y el *microtargeting*.—III. Algoritmos y tecnología blockchain en las plataformas en línea: perspectivas para el tratamiento legal de sus resultados inad-

cuados. 1. La técnica del *microtargeting* o la ausencia de remedios para la dirección algorítmica en la elección del consumidor. 2. Colusión algorítmica o las prácticas anticompetitivas en las plataformas en línea: la intervención pública para la salvaguardia de la libre competencia de la *GWB-Digitalisierungsgesetz*. 3. Discriminación algorítmica: hacia una regulación europea.–IV. Gobernanza de las plataformas en línea: hacia un marco regulatorio ético-legal de los sistemas de Inteligencia Artificial. 1. Algoritmos y protección de datos de carácter personal en las plataformas en línea. 2. El Reglamento General de Protección de Datos y los controles del consumidor en la contratación mediante las plataformas en línea.–V. Reflexiones finales.–Bibliografía.–Índice jurisprudencial

I. LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA EN UN CONTEXTO EUROPEO: INFORMES DEL *EXPERT GROUP FOR THE EU OBSERVATORY ON THE ONLINE PLATFORM ECONOMY* Y *ELI MODEL RULES ON ONLINE PLATFORMS*

La Comisión Europea plantea la economía digital como una de sus políticas de la era digital; más concretamente, centra su actividad en la regulación de las plataformas en línea y el comercio electrónico, por la debida atención al mercado único y la garantía de la simetría negocial. A nivel mundial, los últimos datos¹ disponibles de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo de 2021 revelan que el comercio electrónico mundial alcanza los 26,7 billones de dólares. En este contexto de evolución ascendente de la contratación electrónica mediante las plataformas en línea, la Comisión Europea señala como principales líneas de actuación² la regulación de los servicios digitales, la regulación sobre transparencia de las plataformas en las relaciones B2B y B2C, medidas acerca del contenido ilegal de las plataformas, y la transparencia algorítmica. El *European Law Institute* elaboró una propuesta doctrinal de regulación de las plataformas en línea en 2019, denominada *ELI Model Rules on Online Platforms*³. En este informe, se incide en diversos tipos de plataformas cuya regulación en la contratación con consumidores y régimen de responsabilidad debe abordarse: los *online marketplaces*, donde los consumidores contratan con proveedores de productos y servicios; las plataformas donde los proveedores pueden anunciarse y los consumidores contratan directamente; las plataformas comparadoras; y

¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2021).

² RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, (2019) pp. 93-127.

³ European Law Institute (2019). BUSCH/DANNEMANN/SCHULTE-NÖLKE/WIEWWIORÓWSKA-DOMAGALSKA/ZOLL, *ELSI* (2020) pp. 1-20.

las plataformas que ofrecen mecanismos reputacionales basados en las experiencias del usuario.

Por su parte, la Comisión Europea creó el *Expert Group for the EU Observatory on the Online Platform Economy*, compuesto por los principales académicos europeos en la materia, cuyos informes finales fueron publicados el 26 de febrero de 2021. El Grupo de Expertos de la Comisión ha elaborado dos informes⁴ en materia de *platform power*; a los efectos de examinar el poder de las plataformas en general y el estudio de los anuncios online. El informe relativo a las plataformas en línea, denominado *Uncovering blindspots in the policy debate on platform power*, revela desde una perspectiva multidisciplinar los desafíos que plantea el oligopolio que crean algunas plataformas en relación con el mercado de comercio electrónico y, en concreto, el poder que ejercen sobre consumidores y empresarios. En el segundo informe, denominado *Market power and transparency in open display advertising - a case study*, se analiza, desde los diversos servicios vinculados a Google, el tratamiento de datos personales, la falta de transparencia y su intermediación. Asimismo, los siguientes pasos del Grupo de Expertos en esta materia se concretarán en: la revisión de la conocida como *P2B Regulation*; las modificaciones a la regulación de Servicios Digitales y Mercados Digitales; y la responsabilidad de las plataformas en línea.

Sentadas estas bases, el propósito del presente trabajo es examinar jurídicamente las plataformas en línea y sus principales escollos en la regulación europea proyectada; principalmente, se refieren a la responsabilidad limitada de las plataformas en línea, su autorregulación, el tratamiento legal de los resultados inadecuados ocasionados por los algoritmos y la tecnología *blockchain* para, finalmente, abordar la gobernanza de las plataformas en línea desde los algoritmos, la protección de datos y la protección al consumidor.

II. REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES: ESPECIAL REFERENCIA A LAS *PLATFORM-TO-BUSINESS RELATIONS* DE LA *P2B REGULATION*

La regulación europea de las plataformas intermediarias en línea se aprobó en la denominada *P2B Regulation* o Reglamento⁵

⁴ EUROPEAN COMMISSION EXPERT GROUP FOR THE OBSERVATORY ON THE ONLINE PLATFORM ECONOMY (2021). Acerca de estas propuestas, como miembro del *Expert Group*, atiéndase RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL (2018) pp. 427-452.

⁵ DOUE de 11 de julio de 2019.

(UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. El examen de la *P2B Regulation* tendrá carácter tangencial, por referirse a la relación jurídica entre una plataforma y un empresario, por tanto, B2B; en este caso, entre un usuario profesional respecto de una plataforma intermediaria en línea⁶, habitualmente bajo la figura del contrato de distribución. Sin embargo, su importancia es indubitable, pues constituye el primer antecedente normativo para pasar de la autorregulación de las plataformas a su normativización en el contexto del mercado único europeo. Respecto de los algoritmos y la protección del consumidor, como principal temática que aborda el presente trabajo, se encuentra una referencia expresa a los algoritmos en el artículo 5.6: a los efectos de establecer los parámetros principales que rigen la clasificación de los productos o servicios en las plataformas en línea, no se exigirá a los proveedores de los servicios de intermediación en línea ni a los proveedores de los motores de búsqueda la revelación de los algoritmos que puedan inducir a error a los consumidores, o bien causarles un perjuicio mediante la manipulación de los resultados. Ello incide directamente en la manipulación y la discriminación algorítmicas que se abordarán a lo largo de este trabajo.

Partiendo de este antecedente normativo, este trabajo desarrollará los retos jurídicos que plantea la contratación con consumidores en las plataformas en línea, así como la incidencia de los algoritmos y la Inteligencia Artificial o IA para garantizar la simetría negocial y sus derechos en la contratación; esta consideración es clave para el tratamiento legal de la discriminación algorítmica y la responsabilidad de las plataformas en línea. La regulación de las plataformas en línea y la adaptación de la normativa de protección del consumidor se contiene en el Reglamento de Servicios Digitales, en adelante DSA, así como en las Propuestas de Reglamento de Mercados Digitales e Inteligencia Artificial, respectivamente DMA y AIA; fueron publicadas, en su versión definitiva de 15 de diciembre de 2020, la *Digital Services Act*⁷ por la que se modifica la Directiva 2000/31/EC sobre el comercio electrónico⁸, así

⁶ En profundidad acerca de la contratación en las plataformas intermediarias en línea, véanse TWIGG-FLESNER, *EuCML* (2018) pp. 222-233, y CUENA CASAS, *CDT* (2020) pp. 283-348. Complementariamente, atiéndase COSTA BABO (2021) pp. 291-337, y ÁLVAREZ MORENO (2021) pp. 10-302.

⁷ *Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, de 15 de diciembre de 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>.

⁸ DOUE de 17 de julio de 2000.

como la *Digital Markets Act*⁹, y en su versión definitiva de 21 de abril de 2021 encontramos la *Artificial Intelligence Act*¹⁰.

1. LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA Y SU REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: *DIGITAL SERVICES ACT*, *P2B REGULATION*, *DIGITAL MARKETS ACT* Y *ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT*

Debido a la ausencia de una definición de las plataformas en línea en la normativa europea, acudimos al *Commission*¹¹ *Staff Working Document «Online Platforms»*, de la Comisión Europea, para definir las plataformas como aquellas plataformas que habilitan a los consumidores a encontrar información en línea y contratar los productos y servicios ofertados, y a los empresarios a explotar las ventajas que proporciona el comercio electrónico en ellas. Diversas son las características que las integran: la capacidad para facilitar y extraer información de las plataformas; el tratamiento masivo de datos personales vertidos en ellas; la capacidad de construir redes colaborativas para el intercambio de la experiencia personal; y la información que se archiva en estas. Partiendo de estas características, encontramos diferentes modelos de plataformas en línea: los *online marketplaces* y plataformas de comercio electrónico; las aplicaciones móviles de las plataformas en línea; los servicios de búsqueda de Internet; las redes sociales y contenido de las plataformas; y las plataformas de anuncios *online*. La importancia de las plataformas en línea radica en el aumento de la eficiencia y competitividad en la contratación con consumidores.

El proyectado marco regulatorio de la Unión para las plataformas en línea y las oportunidades del mercado único digital se basa en diversos principios rectores expresados por la Comisión Europea¹²: la igualdad de condiciones para servicios digitales comparables; el comportamiento responsable de las plataformas en línea, aunque en la normativa proyectada no se encuentre prevista la res-

⁹ *Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, de 15 de diciembre de 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>.

¹⁰ *Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts*, de 21 de abril de 2021, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence>.

¹¹ European Commission (2016).

¹² European Commission (2016).

ponsabilidad¹³ objetiva de las plataformas en línea; la confianza, transparencia y garantía de la equidad en las plataformas; y, finalmente, la no discriminación y la garantía de la apertura del mercado para el fomento de la economía de datos. Entre la normativa y las cuestiones debidamente estudiadas en esta materia por parte de la Comisión Europea se encuentran las siguientes: la DSA, la *P2B Regulation*, la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea¹⁴, la DMA y la AIA. Asimismo, se está abordando por parte de la Comisión Europea, a petición del Parlamento Europeo, un análisis acerca de la transparencia algorítmica y la rendición de cuentas. El Parlamento Europeo publicó el 2 de noviembre de 2021 el *Draft Report on artificial intelligence in a digital age*¹⁵, que se someterá a votación en comisión en marzo de 2022, y su votación final en el mes de mayo; incide en la necesidad de establecer estándares mínimos para el uso responsable de la IA, prestando especial atención a las cuestiones éticas y legales, y apostando por una regulación de la IA centrada en un nivel de riesgo asociado con usos específicos.

La DSA¹⁶ parte de tres objetivos específicos, contenidos en el artículo 1: la eficacia en la protección de los consumidores y sus derechos fundamentales en las plataformas en línea; el establecimiento de la transparencia y la rendición de cuentas en las plataformas en línea; y el fomento de la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado único europeo. Por su parte, la *P2B Regulation* apuesta por la transparencia y los remedios privados en las relaciones B2B entre plataformas intermediarias en línea y sus usuarios profesionales. A estos efectos, se ha creado el *EU Observatory on the Online Platform Economy*¹⁷, cuya función es controlar y examinar las últimas tendencias y disfunciones en la economía de las plataformas en línea. En cuanto a la Recomendación sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, referida anteriormente y de carácter no vinculante, configura el compromiso político previo contenido en la Comunicación sobre la lucha contra los contenidos ilícitos en línea de 28 de septiembre de 2017, y ha cristalizado en el artículo 8 DSA.

¹³ Respecto de la responsabilidad de las plataformas intermediarias en línea, véase ARROYO AMAYUELAS, *CDT* (2020) pp. 808-837, y VILALTA NICUESA, *RCDI* (2018) pp. 275-330.

¹⁴ DOUE de 6 de marzo de 2018.

¹⁵ European Parliament (2021).

¹⁶ Para un examen exhaustivo de la DSA en la línea de la protección del consumidor, atiéndase CAUFFMANN/GOANTA, *EJRR* (2021) pp. 1-17.

¹⁷ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/eu-observatory-online-platform-economy>.

Respecto de la DMA, el objetivo es que las grandes plataformas en línea actúen de manera justa en su actividad. Establece unos criterios objetivos para calificar a las plataformas en línea como *gatekeepers* o guardianes de acceso en sus artículos 1 y 3: tener una posición económica sólida, un impacto significativo en el mercado interior, y estar activo en diversos Estados de la Unión; tener una fuerte posición de intermediación por vincular un gran número de usuarios a un gran número de empresas; y tener una posición consolidada y duradera en el mercado. La DMA garantiza que los términos y condiciones de uso de la plataforma sean justas, mediante el establecimiento de unas prácticas desleales de los guardianes de acceso en su artículo 5, para que los empresarios ofrezcan sus productos, bienes o servicios. Asimismo, la DMA mejora la oferta para los consumidores, y posibilita que las plataformas les ofrezcan nuevos servicios. Frente al incumplimiento de las reglas indicadas y dispuestas en el artículo 25, en el artículo 26 se prevén sanciones pecuniarias de hasta el 10% de la facturación anual de la empresa a nivel global, el pago de multas periódicas de hasta el 5% del promedio de la facturación diaria, así como otros remedios tras una investigación en la plataforma. Finalmente, otra de las cuestiones objeto del presente trabajo y cuyo estudio es abordado por parte de la Comisión Europea, es la transparencia algorítmica. En la AIA, se está llevando a cabo el examen de la transparencia algorítmica y de la rendición de cuentas en los artículos 13 y 52, el papel de los algoritmos en la economía y sociedad digitales junto con la gobernanza de datos contenida en su artículo 10, así como los códigos de conducta previstos en el artículo 69, que examinaremos más adelante¹⁸ en relación con el *Corporate Compliance* y los mecanismos reputacionales.

2. RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LAS PLATAFORMAS INTERMEDIARIAS EN LÍNEA EN LA *DIGITAL SERVICES ACT* VS. ESTUDIO *LIABILITY OF ONLINE PLATFORMS* DEL PARLAMENTO EUROPEO

En el estudio elaborado para el Parlamento Europeo, que fue publicado el 5 de febrero de 2021 y que se denomina *Liability of online platforms*¹⁹, se examinan las principales alternativas regulatorias ante la responsabilidad de las plataformas en línea: mantener el estado de la cuestión; la sensibilización acerca de su uti-

¹⁸ Véase *infra* subapartado 3.

¹⁹ European Parliament (2021).

lización; la promoción de la autorregulación, cuestión sobre la que volveremos más adelante²⁰ ante la ausencia de regulación; el establecimiento de herramientas de corregulación; la adopción de normativa estatutaria sobre la responsabilidad de las plataformas; y la modificación de la responsabilidad de las plataformas en línea, mediante las condiciones para la exención de responsabilidad o el establecimiento de un régimen armonizado de responsabilidad.

Sin embargo, la DSA confirma el principio de responsabilidad limitada de los intermediarios en línea, pues no se produce una ampliación de la responsabilidad civil. El fundamento de este régimen de responsabilidad se encuentra en las *asymmetric due diligence obligations* u obligaciones asimétricas de diligencia debida que deben cumplir las autoridades competentes y que se encuentran reguladas en el artículo 34 DSA. Las obligaciones de diligencia debida se sustentan, a su vez, en la transparencia y el *platform procedure* o procedimiento de plataforma, como por ejemplo la notificación y tramitación de reclamaciones, la solución extrajudicial de controversias, los mecanismos reputacionales e incluso la incorporación del *Corporate Compliance*. Con este enfoque en cuestiones de procedimiento y proceso debido, la DSA sigue la tendencia reciente de una «procedimentación» de la regulación de la plataforma, como se había venido produciendo mediante la autorregulación con los mecanismos reputacionales, así como en la *P2B Regulation*. En este sentido, debemos mencionar que en las *ELI Model Rules on Online Platforms*²¹ se incide en las cuestiones clave en materia de responsabilidad de las plataformas en línea, como son la falta de transparencia, la influencia de la plataforma sobre el proveedor, y la falta de diligencia. Finalmente, para las *very large online platforms* o grandes plataformas en línea, el artículo 25 DSA aporta una nueva forma de regulación sectorial para plataformas sistémicamente importantes. Este enfoque se basa en la regulación de los servicios financieros con diversas obligaciones de cumplimiento. Debemos atender a si las obligaciones de presentación de informes y auditoría son suficientes para garantizar un «entorno en línea seguro, confiable y transparente», como exige la DSA.

²⁰ Véase *infra* subapartado 3.

²¹ BUSCH/DANNEMANN/SCHULTE-NÖLKE/WIEWWIORÓWSKA-DOMAGALSKA/ZOLL, *ELSI* (2020) pp. 1-20.

3. AUTORREGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA MEDIANTE MECANISMOS REPUTACIONALES: SOLUCIÓN PROVISIONAL A LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA Y EL *MICROTARGETING*

Los mecanismos reputacionales²², proporcionados por las plataformas en línea y contruidos a través de las opiniones de los usuarios, constituyen un modo de autorregulación de dichas plataformas. Estos sistemas reputacionales²³ se concretan en los sellos de confianza, los sistemas de valoración o puntuación, las *black lists* o listas negras, y la información de contacto y atención personalizada. En este sentido, debemos señalar que es posible la denominada *Regulation by Robot*²⁴ o la regulación algorítmica para la toma de decisiones mediante el uso del *Big Data*, aunque en la actualidad se encuentra en una fase muy primigenia. Por tanto, la autorregulación de las plataformas en línea mediante los mecanismos reputacionales, a modo de *Corporate Compliance*, puede ser una solución provisional a los sesgos que ocasionan los algoritmos en el uso de estas, en particular, la discriminación algorítmica y el *microtargeting*, que se examinarán más adelante²⁵.

Mientras esperamos una regulación especial²⁶ a modo de *better* o *smart regulation*²⁷ en la Unión, que dote de tratamiento legal a las plataformas intermediarias en línea en la contratación con consumidores, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución²⁸ de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa. En ella, insta a la Comisión Europea a que preste su apoyo a las autoridades nacionales para regular la economía colaborativa,

²² En este sentido, PONCE SOLÉ (2018) p. 51, expresa que los mecanismos reputacionales no tienen en cuenta aspectos como la seguridad, el riesgo de incendio, las afectaciones negativas a terceros, la fiabilidad de las opiniones ni una revisión de estas.

²³ Para un examen exhaustivo de los mecanismos reputacionales, véase VILALTA NICUESA (2018) pp. 443-464. Asimismo, para un trabajo en profundidad sobre una futura regulación europea de los sistemas de *feedback* reputacionales, atiéndase PAZOS CASTRO, *InDret* (2021) pp. 182-216.

²⁴ COGLIANESE/LEHR, *GLJ* (2017) pp. 1207-1209. En materia administrativa, por la seguridad y garantías que ofrecen los procedimientos administrativos, PONCE SOLÉ (2018) p. 67, lo califica de *Falacia del Nirvana*, en el sentido de comparar cosas reales con alternativas no disponibles, suponiendo que existe una solución perfecta, e irreal, a un problema particular.

²⁵ Véase *infra* apartado 3.

²⁶ Atiéndase DOMÉNECH PASCUAL, *CEF* (2015) pp. 61-104, y GUILLÉN NAVARRO/ÍÑIGUEZ BERROZPE, *ET* (2015) pp. 9-34.

²⁷ Término acuñado por PONCE SOLÉ (2018) pp. 61-62. Respecto de la regulación de las viviendas de uso turístico en el alojamiento colaborativo, véase GUILLÉN NAVARRO/ÍÑIGUEZ-BERROZPE, *RTPC* (2016) pp. 751-768.

²⁸ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html?redirect. Para un análisis en profundidad de las propuestas de regulación europea de las plataformas en línea, así como de la legislación existente en distintos estados miembros, atiéndase VILALTA NICUESA, *RCDI* (2018) pp. 275-330.

olvidando que nos encontramos en un mercado común que exige una regulación armonizada, en aras de garantizar la protección de los consumidores. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia²⁹ de 19 de diciembre de 2019, ha afirmado que las plataformas intermediarias en línea no deben regularse conforme a las normas referidas a los agentes inmobiliarios en el caso enjuiciado, y las ha calificado como «servicios de la sociedad de la información», sin que tengan la consideración de plataformas prestadoras de servicios.

III. ALGORITMOS Y TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: PERSPECTIVAS PARA EL TRATAMIENTO LEGAL DE SUS RESULTADOS INADECUADOS

Por algoritmos³⁰ entendemos aquel conjunto de pasos definidos que están destinados a procesar instrucciones o datos para la toma de decisiones más adecuada en aras de la producción de un resultado determinado, por lo que la programación de cada *software* está compuesta por algoritmos. De conformidad con el *High Level Expert Group on AI* de la Comisión Europea, en el *White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*³¹, los algoritmos son sistemas de *software* que han sido diseñados por los humanos para, en atención a un resultado complejo, actuar en la dimensión física o digital mediante la percepción de datos, la interpretación de dichos datos, razonar o procesar la información derivada de los mismos, y decidir la mejor acción para conseguir el resultado complejo pretendido. Estos sistemas pueden utilizar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y pueden también adaptar el comportamiento analizando como el entorno afecta a las acciones previas.

En cuanto a las aplicaciones prácticas de los algoritmos, encontramos diversas³²: los *self-learning algorithms*, que determinan los resultados en los buscadores y en los sitios web; los *dynamic pricing algorithms*, que evalúan las variaciones en los mercados para los inversores; la función de *optimize portfolios*, que permite asegurar los riesgos del mercado de crédito; la toma de decisiones automati-

²⁹ TJCE 2019\302.

³⁰ Para la adecuada conceptualización del algoritmo, véase el estudio de KITCHIN, *ICS* (2017) pp. 14-29.

³¹ European Commission (2020).

³² Estas aplicaciones han sido indicadas por EBERS (2020) pp. 38-40.

zada e inmediata mediante lo que se denomina *making substantive decisions*; las instituciones y Administraciones públicas utilizan los algoritmos para realizar predicciones y evitar el fraude en el pago de impuestos, la percepción de prestaciones y la expedición de certificados; en el sector sanitario, mediante el *eHealth Big Data* y los algoritmos para la toma de decisiones médicas; para que objetos físicos operen en el mundo real mediante los algoritmos, por su papel desarrollador del *Internet of Things* o IoT; y, finalmente, para la conexión del cerebro humano a diversos dispositivos. Deberíamos añadir el denominado *machine learning*, es decir, aquellos algoritmos que habilitan a los ordenadores a aprender de los datos a los que tienen acceso e incluso mejorarlos respecto a lo programado.

Los algoritmos se caracterizan por diversos elementos comunes a todos aquellos, y en relación con otras tecnologías. En primer lugar, por su carácter autónomo, lo que lo diferencia de la tecnología *blockchain*. Un algoritmo es capaz de tomar decisiones por sí mismo en relación con los datos externos que procesa, aunque no esté específicamente programado, pues parte del entrenamiento originado del aprendizaje mediante la experiencia en los *self-learning systems*. La tecnología *blockchain*, aunque no requiera de IA para su correcto funcionamiento, interviene en su configuración mediante los denominados *miners* o mineros, los datos de la cadena de bloques, la red de observadores, así como la integridad de la plataforma. En definitiva, un algoritmo adapta la ejecución de las funciones para las que ha sido configurado, mientras que *blockchain* ejecuta aquello que se incluye en su programación, comprendiendo los remedios privados frente al incumplimiento, si se han programado debidamente, y el objeto se encuentra conectado al *Internet of Things* para la recepción de datos externos. En segundo lugar, los algoritmos se caracterizan por la complejidad y la conectividad; ello se observa en el Derecho del consumo, donde el consumidor dispone de diversos empresarios con quienes contratar un determinado producto o servicio, así como la conexión del objeto mediante el IoT, teniendo como inconveniente la mitigación por falta de conformidad una vez adquirido el producto. Finalmente, los algoritmos se caracterizan por las correlaciones³³ que automáticamente realizan con base en estadísticas, mediante la minería de datos, junto con las llamadas *black boxes*³⁴, referidas a la opacidad³⁵

³³ Acerca de las correlaciones, atiéndase ZARSKY (2018) pp. 42-55.

³⁴ Sobre la discriminación algorítmica y las *black boxes*, nos remitimos a EBERS (2020) pp. 48-50, y LEESE, *SD* (2014) pp. 494-511.

³⁵ Acerca de la transparencia de la IA y el funcionamiento opaco de los *machine learning algorithms*, véanse WATTL/VOGL, *DD* (2018) pp. 613-617, y BURRELL, *BDS* (2016), pp. 1-12.

algorítmica de los sistemas de toma de decisiones y su consecuente discriminación algorítmica como, por ejemplo, aquellas sugerencias de productos que figuran en diversas plataformas y que inducen a los consumidores a su adquisición. Sin embargo, a pesar de las facilidades que los algoritmos presentan en su aplicación, también reúnen diversos riesgos³⁶ de la IA como tecnología predictiva. Así, encontramos la opacidad, la discriminación algorítmica y la monopolización del mercado, cuyo tratamiento legal se analiza en este trabajo.

La tecnología *blockchain* y los algoritmos plantean dos retos³⁷ para el Derecho civil. En primer lugar, la sustitución del objeto contractual del Derecho civil y su regulación legal por la regulación de dicha tecnología o la IA: en forma de mecanismo reputacional, a modo de aceptación de los términos y condiciones de uso³⁸ de la plataforma en línea; o, en el caso de tratarse de un modelo de acceso abierto, en forma de *core team*³⁹ o personas que controlan y desarrollan centralizadamente la plataforma. Igualmente, es posible abordar la autorregulación como mecanismo autocompositivo de responsabilidad de la plataforma, mientras no se regule, mediante una declaración de conformidad⁴⁰ a modo de responsabilidad algorítmica o de código de conducta de la plataforma, algo que puede plantearse en un *Corporate Compliance*.

El *machine learning* aplicado a los algoritmos, esto es, los *self-learning algorithms*, abre un amplio campo en el que, mediante la visualización personalizada de productos, bienes o servicios en las plataformas en línea, cabe dirigir la elección final del consumidor de acuerdo con sus preferencias o perfil, así como administrar la información del consumidor y sus gustos a favor de los intereses de la plataforma correspondiente. Esta técnica se conoce como *microtargeting* y tiene una incidencia directa⁴¹ en la libre competencia, la protección de datos y la privacidad. Esta manipulación presenta diversas fases de menor a mayor intensidad, que se examinarán en los siguientes subapartados, y que consisten en el *microtargeting*, la colusión algorítmica con afectación a la libre competencia, y la discriminación algorítmica.

³⁶ Categoriza estos riesgos MARTINI (2020) pp. 102-108. En profundidad, véanse KROLL/HUEY/BAROCAS/FELTEN, *UPLR* (2017) pp. 633-705, EDWARDS/VEALE, *DLTR* (2017) pp. 18-84, y HACKER, *CMLR* (2018) pp. 1143-1185.

³⁷ SAVELYEV, *CLSR* (2018) pp. 863-869.

³⁸ BYGRAVE (2015) pp. 30-39.

³⁹ PHILLIPS (2009) pp. 147-173.

⁴⁰ Acerca de la idea del *Algorithmic Responsibility Codex* y el papel de la declaración de conformidad, véase MARTINI (2020) pp. 132-134.

⁴¹ Analiza las consecuencias jurídicas de la manipulación algorítmica HACKER, *ELJ* (2021) pp. 1-41

1. LA TÉCNICA DEL *MICROTARGETING* O LA AUSENCIA DE REMEDIOS PARA LA DIRECCIÓN ALGORÍTMICA EN LA ELECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El *microtargeting*⁴² plantea la desaparición en la práctica⁴³ del requisito de que un producto o servicio sea accesible para el público; en los ámbitos regulados, ello permitiría atender la discriminación cuando afecte, por ejemplo, a cuestiones de género o raciales. Encontramos ejemplos en el posicionamiento de un producto antes que otro, la recomendación por la propia plataforma, ofertas especiales o el aviso de que quedan las últimas unidades. Ello plantea la necesidad de otorgar garantías al consumidor frente a estas prácticas, mediante la regulación europea de protección de datos⁴⁴, así como la autorregulación de las plataformas mediante los mecanismos reputacionales y el tratamiento legal de la discriminación algorítmica.

La técnica del *behavioral microtargeting*⁴⁵, basada en el procesamiento de los datos vertidos por el usuario en una plataforma que, en combinación con los algoritmos de esta, sugiere determinados bienes, productos, servicios o resultados en la búsqueda de acuerdo con el perfil del consumidor, supone diversos retos para el Derecho civil. Ello ocasiona una asimetría negocial para el consumidor, en una suerte de dirección algorítmica inducida por la plataforma sin que alcance la imposición, por la que debería establecerse un tratamiento legal como práctica desleal. La plataforma en línea proporciona una información sesgada para que la elección final del consumidor sea inducida con base en el *emotional targeting*⁴⁶, es decir, decisiones impulsivas o irracionales, como la sugerencia de productos en momentos particularmente adecuados, como momentos de descanso.

Estas prácticas escapan al ámbito de aplicación material de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior⁴⁷; para habilitar su intervención, es necesaria que la práctica del empresario sea agresiva, en el sentido de que implique una presión en el consumidor, y el *microtargeting* se enmarca en el

⁴² A fondo sobre el *microtargeting*, véase la reciente monografía de RAMÓN FERNÁNDEZ (2021) pp. 1-136.

⁴³ A ello alude con acierto BUSCH (2018) pp. 1-80. EBERS, *MR* (2018) pp. 424-430.

⁴⁴ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (2018).

⁴⁵ CALO, *GWLR* (2014) pp. 995-1051.

⁴⁶ En este sentido, véanse MIK, *LIT* (2016) pp. 1-38, y PRITZ (2016) pp. 127-140.

⁴⁷ DOUE de 11 de junio de 2005.

terreno de la sugerencia de consumo personalizada, pues si se sugieren productos y servicios acorde a los gustos del consumidor, es más fácil que los acabe adquiriendo. Consideramos que de los diversos remedios privados frente al *microtargeting*, ninguno ampararía al consumidor: ni *culpa in contrahendo*, ni la subsunción del consumidor en la categoría del consumidor vulnerable del Tribunal Supremo, ni el hecho de que la prestación de su consentimiento sea mediante un acuerdo *clickwrap* puede invalidar esta práctica comercial. El fundamento es que, de la sugerencia de compra, no puede deducirse un vicio de la voluntad, que dicha práctica cuestione la existencia de capacidad suficiente, o que el deber de información precontractual no esté correctamente prestado en los términos y condiciones de uso de la plataforma en línea correspondiente. En suma, no cabe que un consumidor, más allá del derecho de desistimiento, pueda arrepentirse de una compra impulsiva por las estrategias de *marketing* de una plataforma, porque en última instancia es a él a quien corresponde la decisión.

2. COLUSIÓN ALGORÍTMICA O LAS PRÁCTICAS ANTI-COMPETITIVAS EN LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: LA INTERVENCIÓN PÚBLICA PARA LA SALVAGUARDIA DE LA LIBRE COMPETENCIA DE LA *GWB-DIGITALISIERUNGSGESETZ*

Por *algorithmic collusion*⁴⁸ o colusión algorítmica entendemos toda práctica consistente en un comportamiento o acuerdo anti-competitivo, así como la coordinación entre diversas empresas, que está implementado mediante sistemas automatizados dotados de IA, como los *dynamic pricing algorithms*⁴⁹, prescindiendo de cualquier acuerdo formal o intervención humana. En el ámbito de las plataformas en línea, la colusión algorítmica permite que las empresas puedan evaluar precios a gran escala, su establecimiento y variaciones, la demanda concreta, la elasticidad en la determinación del precio y, mediante sus algoritmos, adaptar al minuto los precios para que sean agresivamente competitivos respecto de los de la competencia.

Ello aparta de la libre competencia determinados productos, bienes o servicios, porque la propia plataforma los reserva para los últimos resultados de la búsqueda, o porque directamente solo se

⁴⁸ EZRACHI/STUCKE, *UILR* (2017) pp. 1775-1810. MEHRA, *MLR* (2015) pp. 1-56.

⁴⁹ En profundidad sobre este concepto y sus consecuencias económicas, nos remitimos a CALVANO/CALZOLARI/DENICOLÒ/PASTORELLO, *AER* (2020) pp. 3267-3297, HETTICH, *SSRN* (2021) pp. 1-19, y SCHWALBE, *JCLE* (2018) pp. 568-607.

ofertan los productos de determinadas empresas. En suma, se eliminan productos o servicios de la competencia en una plataforma en línea en atención a la programación de sus algoritmos. Como vemos, estamos en un estadio que va más allá de la sugerencia de productos o bienes personalizados, pues mediante esta técnica se alteran las reglas de la libre competencia y ello habilita la intervención pública mediante el Derecho de la competencia, para evitar la formación de cárteles y la alteración de los precios. En concreto, los *pricing algorithms* afectan a las condiciones del mercado, alterando la transparencia en los precios, así como la frecuencia en las transacciones, lo que ocasiona que las empresas actúen en el mercado de manera rápida y agresiva, como indica la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico u OCDE⁵⁰. Sin embargo, también pueden ser utilizados en sentido inverso, para evitar un acuerdo de precios de la competencia.

En Alemania, tras la aprobación de la *P2B Regulation* y la incidencia de las plataformas intermediarias en línea en la libre competencia, por las prácticas descritas, se aprobó la Ley contra las restricciones a la libre competencia, de 19 de enero de 2021; se conoce como *GWB-Digitalisierungsgesetz*⁵¹, cuya denominación completa es *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen*. Por lo que aquí interesa, en el § 19a se ha previsto que el *Bundeskartellamt*, organismo equiparable a nuestra Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pueda intervenir en caso de afectaciones a la libre competencia en las plataformas en línea; entre las afectaciones dispuestas, se encuentran la preferencia de los servicios prestados por la plataforma en detrimento de otros ofertados en la misma por la competencia, así como la obstaculización de la entrada de competidores por el procesamiento de datos relevantes para la competencia. Esta disposición abre una vía al resto de Estados europeos, como posible *legal transplant*, para regular una intervención pública que garantice la libertad en la oferta y en los proveedores cuando las prácticas son calificables de colusión algorítmica; ello permite adelantar la protección al consumidor, sin esperar a que la intervención pública llegue una vez se ha producido la discriminación algorítmica.

⁵⁰ OCDE (2017).

⁵¹ *GWB-Digitalisierungsgesetz*, [https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*\[@attr_id=%27bgb1121s0002.pdf%27\]#__bgb1__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1121s0002.pdf%27%5D__1635844994104](https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*[@attr_id=%27bgb1121s0002.pdf%27]#__bgb1__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1121s0002.pdf%27%5D__1635844994104). Para un análisis en profundidad de esta regulación, véase Busch (2021) pp. 1-36.

3. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA: HACIA UNA REGULACIÓN EUROPEA

Los algoritmos no son neutrales, pues su existencia se debe a la IA y en ella también incide la programación, que puede tener sesgos humanos. Todo ello conduce a un eventual resultado discriminatorio en la elección final del consumidor, como ya ha advertido el Parlamento Europeo⁵². En el ámbito de las plataformas en línea, la discriminación algorítmica puede producirse de diversas maneras⁵³, pues la formación del algoritmo se divide en tres fases: *process level*, *model level* y *classification level*. En la fase *process level*, el *machine learning* mediante el que el algoritmo se forma y adapta al entorno puede contener datos sesgados, que alteren materialmente su neutralidad teórica. En la fase *model level*, ello obedece a que los datos originarios son parciales o incorrectos, lo que se soluciona mediante un tratamiento de datos adecuado del *Big Data*; esto es, lo que se conoce como *cleaning the data*, o que dichos datos se encuentren vinculados a una discriminación estructural. En la fase *classification level*, ello sucede cuando, en la selección de unas determinadas características del consumidor o factores relativos al producto, se ocasiona la discriminación que la propia plataforma pretende, por ejemplo, porque el *target* de clientes de un determinado producto deba reunir unas características. En el Derecho del consumo no disponemos, ni en los Estados Unidos ni en el Derecho de la Unión, de una regulación⁵⁴ relativa a la discriminación algorítmica que articule remedios para mitigar sus efectos, así como mecanismos preventivos, a diferencia de lo que sucede en la discriminación laboral, racial o de género. Sin embargo, esta regulación no soluciona el caso en el que los sesgos del algoritmo ocasionan resultados inadecuados por producir discriminación indirecta, ni cuando no se adapta a la realidad u ocasiona una sugerencia equivocada, por los denominados valores atípicos de cualquier estadística, es decir, los casos que difieren sustancialmente de la media.

Por todo ello, mientras no se aborde una regulación en materia de discriminación algorítmica omnicompreensiva, tendremos que encomendarnos a la autorregulación de las plataformas en línea mediante los mecanismos reputacionales, así como los eventuales *Corporate Compliance* de las empresas a las que se vinculan, para

⁵² European Parliament (2017).

⁵³ Atiéndanse WHITTAKER/CRAWFORD/DOBBE/FRIED (2018) pp. 1-63, y KROLL/HUEY/BAROCAS/FELTEN, *UPLR* (2017) pp. 633-705.

⁵⁴ HACKER, *CMLR* (2018) pp. 1143-1185.

atender materialmente la protección del consumidor en este ámbito. Así, será posible proporcionar información acerca del tratamiento de los datos vertidos en la plataforma, la información de los derechos acerca de su tratamiento, las obligaciones de la plataforma al respecto, el acceso a los mismos y su confidencialidad, y las acciones de los poderes públicos al respecto. Doctrinalmente, referido al Derecho de la Unión⁵⁵, se ha propuesto una ampliación de la protección de datos para auditar los algoritmos y la protección de datos por parte de las autoridades nacionales competentes, así como crear unos algoritmos éticos y justos mediante unos datos adecuados; sin embargo, el Reglamento⁵⁶ (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE –en adelante RGPD– solo se refiere a datos de carácter personal; ello excluye el *machine learning* y los datos personales que sean necesarios para evitar la discriminación en las materias en las que ha sido regulada. En suma, la regulación algorítmica omnicomprendensiva que debería abordarse pasa, de momento, por la autorregulación en las plataformas en línea.

IV. GOBERNANZA DE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA: HACIA UN MARCO REGULATORIO ÉTICO-LEGAL DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En el contexto global, no existe un consenso⁵⁷ acerca de cuál sería la mejor opción para regular los sistemas basados en IA, si desde la ética o desde el Derecho. Considerando los mecanismos reputacionales que actualmente, por la ausencia de una regulación coercitiva, autorregulan su actividad, estos deben observar plenamente la simetría negocial, y en su caso reequilibrarla. Por ello, consideramos que plantear que la gobernanza algorítmica únicamente se gestione desde la ética por las propias plataformas, intencionadamente de manera abstracta e imprecisa, excluye la obligatoriedad y la coercibilidad frente al incumplimiento que permite su regulación normativa, como garantía de su *enforcement*, para que

⁵⁵ HACKER, *CMLR* (2018) pp. 1143-1185.

⁵⁶ DOUE de 4 de mayo de 2016.

⁵⁷ Acerca de la problemática sobre la gobernanza algorítmica y su regulación desde el Derecho o la ética, véanse MÜLLER (2021), European Commission (2019), y SAURWEIN/ JUST/LATZER, *IMCMRUZ* (2015) pp. 35-49.

los abusos materiales no queden sin tratamiento legal. Si atendemos, además, a la asimetría negocial que estas plataformas en línea entrañan para el consumidor, y a la capacidad de tomar decisiones de los algoritmos porque están dotados de IA, se hace necesaria una regulación que imponga cuestiones éticas mediante principios regulatorios, pero que obligue a su cumplimiento prescindiendo de la voluntad de las plataformas en línea en su previsión o aplicación. Esta regulación vicarial de los algoritmos y las plataformas en línea desde el Derecho y la ética deberá abordarse en el ámbito de la Unión, al igual que, en materia de protección de datos, el artículo 35 RGPD prevé una *algorithmic impact assessment* o evaluación algorítmica cuando ocasionen un riesgo a los derechos y libertades de las personas. En el caso de que la protección preventiva de datos personales no sea suficiente, será la responsabilidad civil de la plataforma correspondiente la que subsanará los defectos en el tratamiento de datos personales, mediante la creación de autoridades independientes que controlen dicho uso, como ya sucede en el ámbito de la publicidad, y la posibilidad de la interposición de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores cuando la afectación sea masiva.

Las vías para regular la IA apuntadas por diversos académicos⁵⁸ europeos serían las siguientes: la prohibición de las decisiones totalmente automáticas del artículo 22 RGPD; la inclusión de un *algorithmic impact assessment*, del artículo 35 RGPD, para la evaluación obligatoria de los algoritmos que afecten a derechos y libertades individuales; la monitorización y auditoría de los algoritmos; una regulación con remedios privados frente a la responsabilidad civil; y una regulación pactada entre las autoridades y las plataformas. Hasta la aprobación de la AIA, la única vía de la que disponemos para la autorregulación de las plataformas en línea son los mecanismos reputacionales.

1. ALGORITMOS Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA

La protección de datos de carácter personal en la contratación B2C en las plataformas en línea es otro de los aspectos que, junto con la discriminación algorítmica, plantea numerosos interrogantes jurídicos a resolver. Con el surgimiento de la contratación electrónica con grandes plataformas, el Derecho tuvo que dar respuesta a dos problemas: por una parte, la ocultación de la identidad perso-

⁵⁸ BUSCH, *EuCML* (2016) pp. 197-198. REISMAN/SCHULTZ/CRAWFORD/WHITTAKER (2018).

nal, pues la IP del dispositivo identifica a los equipos informáticos; y, por otra parte, la protección de datos de carácter personal, fruto de nuestro volcado a los sitios web que posteriormente los intercambian. Estos problemas han sido parcialmente resueltos con la encriptación de datos y la normativa europea de protección de datos. La encriptación de datos se basa en la denominada *criptografía asimétrica*, concebida por Whitfield Diffie, Martin Hellman y Ralph Merkle en 1976, y desarrollada mediante el algoritmo *RSA* por Ron Rivest, Adi Shamir y Leonard Adleman en 1977. Esta criptografía efectúa una encriptación de doble clave o clave pública: proporciona confidencialidad mediante la encriptación del mensaje con la clave pública del destinatario; y garantiza su autenticidad o garantía de origen, es decir, la firma electrónica o la encriptación del mensaje con la clave privada del emisor. Por lo que se refiere a la protección de datos de carácter personal, debemos precisar que las plataformas en línea utilizan el vertido de datos de sus usuarios para que los algoritmos procesen estos datos, especialmente los *machine learning algorithms*. Por tanto, cuantos más usuarios y datos dispongan en esa plataforma en línea, más información sobre sus usuarios tendrá la misma en dos sentidos: para ofrecer productos o servicios personalizados, en función de sus preferencias; y para direccionar al consumidor en la contratación de unos productos determinados, pudiendo desembocar en la discriminación algorítmica.

Sentadas estas bases acerca del tratamiento de datos en las plataformas en línea y la discriminación algorítmica que ello puede ocasionar, abordaremos las posibilidades que ofrece en esta materia el RGPD. Al tratarse de un Reglamento, al igual que las DSA, DMA y AIA, su aplicación es directa desde su aprobación para garantizar el principio de efectividad del Derecho de la Unión, así como gozar de uniformidad en la regulación de esta materia. Conforme al artículo 4, el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación se concreta en las personas físicas, incluyendo su eventual anonimización⁵⁹ identificable con un algoritmo, respecto de los datos personales que le hagan identificable. Por tanto, el RGPD se aplica en materia de IA tanto cuando el tratamiento de datos se usa para entrenar los algoritmos con el *machine learning*⁶⁰, como cuando se utiliza la IA para tomar decisiones acerca de las personas físicas, por ejemplo, direccionar determinadas ofertas de bienes o servicios en las plataformas en línea; quedan excluidos los *machine learning algorithms*, porque no contienen datos personales sino informa-

⁵⁹ RUBINSTEIN/HARTZOG, *WLR* (2016) pp. 703-760.

⁶⁰ DOMINGOS (2015) pp. 10-352.

ción acerca de colectivos o clases de personas. El tratamiento de datos debe informarse por diversos principios del artículo 5 RGPD: el *principle of purpose limitation*, que implica que el tratamiento de datos se dirija a un propósito específico y legítimo, para poder procesarlos; el *principle of data minimization*, que exige que los datos recogidos sean los mínimos e imprescindibles para su tratamiento; y, finalmente, el *principle of consent*, que exige que, en el tratamiento masivo de datos mediante el *Big Data*⁶¹ o herramientas que utilicen IA, sea el usuario quien preste el consentimiento para su tratamiento masivo, previa información acerca de su uso por la plataforma en línea. Debemos indicar que el *Draft Report on artificial intelligence in a digital age*⁶² advierte que los sistemas autónomos de IA contradicen los deberes de información establecidos en el RGPD, y ello ha generado inseguridad jurídica y falta de cooperación entre diversos sectores, siendo especialmente relevante en el sector sanitario.

2. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LOS CONTROLES DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA

En el RGPD es donde se encuentra una de las claves para la protección del consumidor en las plataformas en línea. Por una parte, mediante la autorregulación de las plataformas en línea y, por otra parte, mediante el correcto tratamiento de los datos de carácter personal de los consumidores *ex* artículo 22 RGPD, que permite su tutela frente a su tratamiento automatizado. En particular, el artículo 22 RGPD prohíbe el procesamiento automático de datos, salvo en tres casos, referidos en el apartado 2: que la decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento; que esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, y que establezca medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado; o que se base en el consentimiento explícito del interesado, opción habilitada en la mayoría de plataformas mediante el «*I agree button*», o los acuerdos *clickwrap* o *browsewrap*. Igualmente, el apartado 3 del citado precepto refiere que deben implementarse medidas adecuadas para la protección de

⁶¹ ZARSKY, *SHLR* (2017) pp. 995-1019. HILDEBRANDT, *IDP* (2013) pp. 27-44.

⁶² European Parliament (2021).

datos, incluyendo como mínimo la posibilidad de resolver los problemas ocasionados por la *hardship* o excesiva onerosidad derivada del tratamiento automático de datos, en aras de un tratamiento transparente y justo. Por tanto, solamente podrán procesarse automáticamente⁶³ estos datos si cumplen estos requisitos, que deberán matizarse. Al tratarse de una plataforma, con su debida programación, este tratamiento de datos se ejecutará si cumple los requisitos del apartado segundo, que en realidad constituye una fuga respecto de la efectiva protección de datos. Respecto de las medidas que el responsable del tratamiento debe adoptar, creemos que es necesario el establecimiento en la plataforma en línea de una cláusula que publicite las acciones que lleva a cabo la empresa para garantizar la protección de datos, a modo de *Corporate Compliance*⁶⁴. Sin embargo, plantea contrariedades la última causa relativa al consentimiento, por falta de concreción, pues en realidad la cesión de datos se encuentra sujeta a la correcta prestación del consentimiento informado sobre su tratamiento, especialmente cuando el uso de la plataforma es gratuito. La automatización de la ejecución del contrato impide que se pueda hacer efectivo en la práctica el tercer requisito, porque no existe la posibilidad de revocar el consentimiento, máxime en un contrato de adhesión, una revocación que por el contrario permite la contratación electrónica.

De acuerdo con la protección de datos del artículo 22 RGPD, que excluye de dicha protección el tratamiento masivo de datos cuyo titular ha consentido expresamente su tratamiento en la plataforma, podemos indicar que esta norma no resuelve adecuadamente los resultados inadecuados ocasionados por la toma de decisiones automatizada mediante algoritmos. Resulta crucial una protección colectiva de la privacidad de los datos, así como unas normas que reequilibren la asimetría comercial y que aborden jurídicamente⁶⁵, y no solo desde la ética, la gobernanza algorítmica, en aras de que las personas no sean meros destinatarios de las decisiones algorítmicas. Ello debe constar de mecanismos preventivos, auto-compositivos, autorregulatorios y, ante su inoperancia, la responsabilidad civil algorítmica. Debemos indicar que el Derecho sin coerción es moral, y ello hace que determinados desajustes materiales de las nuevas tecnologías y la discriminación algorítmica queden sin tratamiento legal, lo cual no es aceptable por la asi-

⁶³ FINCK, *IDPL* (2019) pp. 1-17.

⁶⁴ FRIES, *CEJ* (2018) pp. 11-18.

⁶⁵ MARTINI (2020) p. 110, y HELM, *DCS* (2016) pp. 137-151. Respecto de la idea de que los robots no pueden degradar al ser humano a un simple objeto de las decisiones algorítmicas, véase *European Group on Ethics in Science and New Technologies* (2018) pp. 1-24.

metría existente entre los consumidores y las grandes plataformas de comercio *online*. La individualización de la protección legal frente a los algoritmos en las plataformas en línea pasa por ajustar dicha protección en función de dos factores: la cantidad real y potencial de consumidores que interactúan en esa plataforma, así como el nivel de automatización de la plataforma en su proceso de contratación y distribución de los bienes y servicios que ofrece pues, a más tecnificación, menos intervención humana. Otros factores con los que se puede adaptar la protección legal son el tipo de bienes ofertados por la plataforma en línea y el tipo de datos objeto de tratamiento masivo.

En cuanto a los retos que presenta la transparencia algorítmica, debe prestarse adecuadamente el deber⁶⁶ de información precontractual *ex* artículo 4.2 Directiva 93/13, como mecanismo preventivo de la *hardship*, la garantía del cumplimiento del control de transparencia y la simetría contractual en la contratación en las plataformas en línea. En la práctica del deber de información precontractual, debe advertirse al consumidor del uso de los datos personales para la toma de decisiones, como obligan los artículos 13.2 y 14.2 RGPD, e incluso la información del código informático que contiene la programación del algoritmo⁶⁷. Ante los nuevos escenarios que pueden derivarse de la implementación de las nuevas tecnologías en la contratación B2C en las plataformas en línea, el control de incorporación es el único de los controles que asisten al consumidor cuya regulación actual sería suficiente, porque su cumplimiento podría comprobarse en dos estadios: *ab initio*, con la incorporación de las Condiciones Generales de la Contratación y la aceptación expresa del consumidor, mediante el «*I agree button*», de los términos y condiciones de uso de la plataforma correspondiente; y, durante su formación, a través la tecnología *blockchain*, que permite el cruce automático de información entre distintas instituciones para comprobar si las Condiciones Generales han sido incorporadas al contrato de manera transparente, para permitir su perfección. El ajuste legal del control de contenido y el control de

⁶⁶ ARGELICH COMELLES, *RCDI* (2019) pp. 13-65, acerca del deber de información precontractual como mecanismo preventivo de la excesiva onerosidad del contrato y para el cumplimiento del control de transparencia material. La previsión del deber de información precontractual en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 trae causa del § 247 de la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* o Ley de Introducción al BGB, de Alemania, del artículo L312-2 a 6 del *Code de la consommation* o Código de Consumo, de Francia, y del artículo 120 *septies* del *Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, o Texto único bancario, de Italia.

⁶⁷ En este sentido, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de la Generalitat de Cataluña exige la información pública de los algoritmos utilizados por la Administración para el tratamiento de datos de carácter personal, incluyendo el código informático que contiene la programación del algoritmo.

transparencia de las condiciones particulares del contrato, por su componente subjetivo, pasa necesariamente por la regulación del papel que la IA y los algoritmos tengan en el *machine learning* de la plataforma, para adaptar la protección del consumidor atendiendo a la transparencia material del contrato.

En materia de transparencia algorítmica, resulta fundamental dar cumplimiento a la obligación de justificar las decisiones basadas en los algoritmos, *ex* artículos 13 a 15 RGPD, garantizar el derecho de acceso a los datos y el derecho a la información sobre su tratamiento contenidos en el artículo 15 RGPD y, finalmente, atender el impacto del tratamiento de dichos datos y el acceso a la información prevista en el artículo 35 RGPD. Finalmente, deben arbitrase mecanismos para auditar las aplicaciones de *software* que traten datos personales, y la protección frente a la discriminación algorítmica mediante la ampliación de las Directivas europeas antidiscriminatorias, en particular la Directiva⁶⁸ 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; ello debe abordarse mediante un tratamiento legal que alcance los algoritmos derivados del *machine learning*⁶⁹, así como la protección frente a la discriminación indirecta ocasionada por el sesgo natural, procedente de la realidad material, en la programación del tratamiento de datos. En este sentido, existen autores⁷⁰ que han propuesto *de lege ferenda* diversas medidas: la extensión de la divulgación de los requerimientos en materia de protección de datos para las plataformas de la Administración mediante la supervisión pública, la auditoría de los algoritmos y el tratamiento de datos personales, así como proporcionar información sobre su tratamiento; la extensión del deber de información respecto de los procedimientos y las aplicaciones de *software* que puedan tener una afectación a los derechos de los usuarios *ex* artículo 22 RGPD; y la obligación de proporcionar información adecuada sobre las medidas de garantía de la protección de datos.

V. REFLEXIONES FINALES

La ausencia de una regulación que aborde los principales problemas que plantean las plataformas en línea, referidos al régimen de responsabilidad y el tratamiento legal frente a la discriminación

⁶⁸ DOUE de 21 de diciembre de 2004.

⁶⁹ Al respecto, atiéndanse WATCHER/MITTELSTADT/RUSSELL, *HJLT* (2018), pp. 841-887.

⁷⁰ MARTINI (2020) pp. 114-119.

ocasionada por los algoritmos y la tecnología *blockchain*, crea una oportunidad encomiable para la investigación jurídica. Por una parte, para proponer soluciones al margen de los elementos exiguamente regulados en la *P2B Regulation* y el RGPD. Por otra parte, partiendo de los mecanismos ya disponibles, para hacer frente a los problemas jurídicos de las plataformas en línea, a la espera de la aprobación de la normativa europea proyectada.

Una normativa más valiente que apueste claramente por la responsabilidad de las plataformas sería conveniente, en la línea de las posibles vías indicadas en esta materia en el estudio *Liability of Online Platforms* del Parlamento Europeo. Igualmente, se hace necesaria una regulación de la discriminación algorítmica, aprovechando la automaticidad en la ejecución de la programación que permite la tecnología *blockchain*. Avanzar en ambas direcciones haría que los inconvenientes que plantea la contratación con consumidores en estas plataformas se convirtiesen en oportunidades de mejora de la regulación y, por ende, contribuirían a su corrección. Solo mediante una regulación directa en la materia, sin rehuir sus problemas jurídicos y sin atender al oligopolio formado por las empresas tecnológicas que controlan materialmente el mercado de las plataformas en línea, se progresará hacia un comercio electrónico en las plataformas en línea equitativo para el consumidor en toda la Unión.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Madrid, Reus, 2021.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 771, 2019, pp. 13-65.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, 1, 2020, pp. 808-837, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5225>.
- BURRELL, Jenna: «How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society*, 2016, pp. 1-12.
- BUSCH, Christoph/DANNEMANN, Gerhard/SCHULTE-NÖLKE, Hans/WIEWWIORÓWSKA-DOMAGALSKA, Aneta, ZOLL, Fryderyk: «The ELI Model Rules on Online Platforms», *European Legal Studies Institute Osnabrück Research Paper Series*, 1, 2020, pp. 1-20, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3870296.
- BUSCH, Christoph: «Algorithmic accountability», *ABIDA Report*, Bundesministerium für Bildung und Forschung, ABIDA, 2018, pp. 1-80, <https://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten%20Algorithmic%20Accountability.pdf>.

- BUSCH, Christoph: «Regulierung digitaler Plattformen als Infrastrukturen der Daseinsvorsorge», *WISO Diskurs*, Friedrich Ebert Stiftung, 2021, pp. 1-36, <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/17527.pdf>.
- «Towards a «New Approach» in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, 5, 2016, pp. 197-198.
- BYGRAVE, Lee A.: *Internet Governance by Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- CALO, Ryan: «Digital Market Manipulation», *George Washington Law Review*, vol. 82, 4, 2014, pp. 995-1051.
- CALVANO, Emilio/CALZOLARI, Giacomo/DENICOLÒ, Vincenzo/PASTORELLO, Sergio: «Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing, and Collusion», *American Economic Review*, vol. 110, 10, 2020, pp. 3267-3297, <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.20190623>.
- CAUFFMANN, Caroline/GOANTA, Catalina: «A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection», *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2021, pp. 1-17, <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/new-order-the-digital-services-act-and-consumer-protection/8E34BA8A209C61C42A1E7ADB6BB904B1>.
- COGLIANESE, Cary/LEHR, David: «Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era», *Georgetown Law Journal*, vol. 105, 2017, pp. 1207-1209.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO: «El comercio electrónico mundial alcanza los 26,7 billones de dólares mientras COVID-19 impulsa las ventas en línea», 2021, <https://unctad.org/es/news/el-comercio-electronico-mundial-alcanza-los-267-billones-de-dolares-mientras-covid-19-impulsa>.
- COSTA BABO, Raquel: «A intermediação das plataformas eletrónicas nos contratos celebrados com consumidores», en *Dereito Digital*, coords. Maria Raquel Guimarães, Rute Teixeira Pedro, Maria Regina Redinha, O Porto, Universidade do Porto, 2021, pp. 291-337.
- CUENA CASAS, Matilde: «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, 2, 2020, pp. 283-348.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «La regulación de la economía colaborativa (Uber contra el taxi)», *Revista CEF Legal*, 175-176, 2015, pp. 61-104.
- DOMINGOS, Pedro: *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, Penguin, London, 2015, pp. 10-352.
- EBERS, Martin: «Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting», *MultiMedia & Recht*, vol. 21, 423, 2018, pp. 424-430.
- «Regulating AI and Robots», in *Algorithms and Law*, eds. Martin Ebers, Susana Navas, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 38-40.
- EDWARDS, Lilian/VEALE, Michael: «Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For», *Duke Law & Technology Review*, vol. 16, 18, 2017, pp. 18-84, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855.
- EUROPEAN COMMISSION EXPERT GROUP FOR THE OBSERVATORY ON THE ONLINE PLATFORM ECONOMY: *Uncovering blindspots in the policy debate on platform power*, 2021, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/expert-group-eu-observatory-online-platform-economy-final-reports>.
- *Market power and transparency in open display advertising – a case study*, 2021, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/expert-group-eu-observatory-online-platform-economy-final-reports>.

- EUROPEAN COMMISSION: A definition of AI: main capabilities and disciplines, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Brussels, 2019, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.
- *Commission Staff Working Document «Online Platforms»*, 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0172&from=EN>.
- *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions. Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe*, 2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1466514160026&uri=CELEX:52016DC0288>.
- *Expert Group for the EU Observatory on the Online Platform Economy: Final reports*, 2021, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/expert-group-eu-observatory-online-platform-economy-final-reports>.
- *White Paper on Artificial Intelligence*, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR: Opinion 3/2018 on online manipulation and personal data, 2018, https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/18-03-19_online_manipulation_en.pdf.
- EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES: Statement on Artificial Intelligence, *Robotics and «Autonomous» Systems*, Brussels, European Commission, 2018, pp. 1-24, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dfebe62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1>.
- EUROPEAN LAW INSTITUTE: Model Rules on Online Platforms, 2019, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf.
- EUROPEAN PARLIAMENT: Draft Report on artificial intelligence in a digital age, 2021, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/aida/home/highlights>.
- *Liability of online platforms*, 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU\(2021\)656318_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf).
- *Resolution of 14 March 2017 on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law-enforcement*, 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0076>.
- EZRACHI, Ariel/STUCKE, Maurice E.: «Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition», *University of Illinois Law Review*, vol. 1, 2017, pp. 1775-1810, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874.
- FINCK, Michele: «Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR», *International Data Privacy Law*, vol. 9, 2, 2019, pp. 1-17, <https://academic.oup.com/idpl/advance-article/doi/10.1093/idpl/iphz004/5488488>.
- FRIES, Martin: «Private Law Compliance through Smart Contracts?», *Compliance Elliance Journal*, vol. IV, 1, 2018, pp. 11-18.
- GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro/ÍÑIGUEZ BERROZPE, Tatiana: «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p», *Pasos. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 14, 3, 2016, pp. 751-768.
- «Las viviendas de uso turístico en el nuevo entorno p2p. Retos socio-jurídicos para el consumo colaborativo en el alojamiento turístico», *Estudios Turísticos*, 205, 2015, pp. 9-34.

- HACKER, Philipp: «Manipulation by Algorithms. Exploring the triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection and Privacy Law», *European Law Journal*, Working Paper, 2021, pp. 1-41, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3835259.
- «Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law», *Common Market Law Review*, vol. 55, 4, 2018, pp. 1143-1185, https://www.academia.edu/36494567/Teaching_Fairness_to_Artificial_Intelligence_Existing_and_Novel_Strategies_against_Algorithmic_Discrimination_under_EU_Law_Common_Market_Law_Review_forthcoming_.
- HELM, Paula: «Group Privacy in Times of Big Data», *Digital Culture & Society*, vol. 2, 2, 2016, pp. 137-151.
- HETTICH, Matthias: «Algorithmic Collusion: Insights from Deep Learning», *SSRN*, 2021, pp. 1-19, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3785966.
- HILDEBRANDT, Mireille: «Slaves to Big Data. Or Are We?», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, 17, 2013, pp. 27-44.
- KITCHIN, Rob: «Thinking critically about and researching algorithms», *Information, communication & society*, vol. 20, 1, 2017, pp. 14-29.
- KROLL, Joshua A./HUEY, Joanna/BAROCAS, Solon/FELTEN, Edward W. et. al.: «Accountable Algorithms», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, 2017, pp. 633-705, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3/.
- LEESE, Matthias: «The new profiling: Algorithms, black boxes, and the failure of anti-discriminatory safeguards in the European Union», *Security Dialogue*, vol. 45, 5, 2014, pp. 494-511.
- MARTINI, Mario: «Regulating Algorithms. How to Demystify the Alchemy of Code», in *Algorithms and Law*, eds. Martin Ebers, Susana Navas, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 102-108.
- MEHRA, Salil K.: «Antitrust and the Robo Seller: Competition in the Time of Algorithms», *Minnesota Law Review*, Vol. 100, 2015, pp. 1-56, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2576341.
- MIK, Eliza: «The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions», *Law, Innovation & Technology*, vol. 8, 1, 2016, pp. 1-38.
- MÜLLER, Vincent C.: «Ethics of Artificial Intelligence and Robotics», *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, Stanford, Edward N. Zalta, 2021, <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-ai/#pagetopright>.
- OCDE: Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017, <https://www.oecd.org/competition/algorithms-and-collusion.htm>.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «The Case for a (European?) Law of Reputational Feedback Systems», *Indret*, 3, 2021, pp. 182-216, <https://indret.com/the-case-for-a-european-law-of-reputational-feedback-systems/>.
- PHILLIPS, Douglas E.: *The Software License Unveiled: how legislation by License Controls Software Access*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Economía colaborativa, viviendas de uso turístico e impactos en el marco del desarrollo urbano sostenible, ¿hacia una futura regulación más innovadora y flexible?», en *La regulación del alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, dir. Ana María De la Encarnación, coords. Andrés Boix Palop, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 39-70.
- PRITZ, Sarah Miriam: «Mood Tracking: Zur digitalen Selbstvermessung der Gefühle», im *Lifelogging: Digitale Selbstvermessung und Lebensprotoko-*

- llierung zwischen disruptiver Technologie und kulturellem Wandel*, Wiesbaden, Springer, 2016, pp. 127-140.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: *Microtargeting, transparencia, datos y propiedad intelectual. Una reflexión sobre los nuevos retos de la inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- REISMAN, Dillon/SCHULTZ, Jason/CRAWFORD, Kate/WHITTAKER, Meredith: *Algorithmic impact assessments: a practical framework for public agency accountability*, 2018, <https://ainowinstitute.org/aiareport2018.pdf>.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «La contratación en plataformas electrónicas en el mercado de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea», en *El mercado digital en la Unión Europea*, coords. Alicia María Pastor García, Isabel Martens Jiménez, dirs. Paula Castaños Castro, José Antonio Castillo Parrilla, Agustín Madrid Parra, Madrid, Reus, 2019, pp. 93-127.
- «Una Regulación Europea para las Plataformas Electrónicas: Propuestas en curso y Alternativas», en *Derecho mercantil y tecnología*, dirs. María Jesús Blanco Sánchez, Agustín Madrid Parra, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 427-452.
- RUBINSTEIN, Ira/HARTZOG, Woodrow: «Anonymization and Risk», *Washington Law Review*, vol. 91, 703, 2016, pp. 703-760.
- SAURWEIN, Florian/JUST, Natascha/LATZER, Michael: «Governance of Algorithms: Options and Limitations», *Institute of Mass Communication and Media Research of the University of Zurich*, vol. 17, 6, 2015, pp. 35-49, <https://ssrn.com/abstract=2710400>.
- SAVELYEV, Alexander: «Some risks of tokenization and blockchainization of private law», *Computer Law & Security Review*, 34, 2018, pp. 863-869.
- SCHWALBE, Ulrich: «Algorithms, machine learning and collusion», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 14, 4, 2018, pp. 568-607, <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/14/4/568/5514023?redirectedFrom=fulltext>.
- TWIGG-FLESNER, Christian: «The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond», *Journal of European Consumer and Market Law*, 7, 2018, pp. 222-233, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3253115.
- VILALTA NICUESA, Aura Esther: «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 765, 2018, pp. 275-330.
- «Los sistemas reputacionales como mecanismos de compulsión privada», en *La resolución de conflictos de consumo: la adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, dir. Fernando Esteban de la Rosa, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 443-464.
- WALTL, Bernhard/VOGL, Roland: «Increasing Transparency in Algorithmic Decision-Making with Explainable AI», *Datenschutz und Datensicherheit*, vol. 42, 2018, pp. 613-617.
- WATCHER, Sandra/MITTELSTADT, Brent/RUSSELL, Chris: «Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, 2, 2018, pp. 841-887, <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/Counterfactual-Explanations-without-Opening-the-Black-Box-Sandra-Wachter-et-al.pdf>.
- WHITTAKER, Meredith/CRAWFORD, Kate/DOBBE, Roel/FRIED, Genevieve, et. al.: *AI Now Report*, European Commission, Futurium, 2018, pp. 1-63, https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_now_2018_report.pdf.

- ZARSKY, Tal: «Correlation versus Causation in Health-Related Big Data Analysis», in *Big Data, Health Law and Bioethics*, eds. Glenn Cohen, Holly Fernandez Lynch, Urs Gasser, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 42-55.
- «Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data», *Seton Hall Law Review*, vol. 47, 4, 2017, pp. 995-1019.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STJUE de 19 de diciembre de 2019, TJCE 2019\302.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

JULIA AMMERMAN YEBRA
Doctora en Derecho
Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: I. *Legislación*. A) Normativa Vigente. Derecho de contratos. Derecho procesal. Protección de datos personales. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Derecho de Consumo. Derecho de la Persona. Derechos de Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

DERECHO DE CONTRATOS

1. **Directiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2021 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE, DOUE, L, núm. 438, de 8 de diciembre de 2021.**

DERECHO PROCESAL

2. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 399 de 30.12.2006, DOUE, L, núm. 405, de 16 de noviembre de 2021.**

3. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30.4.2004), DOUE, L, núm. 405, de 16 de noviembre de 2021.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

4. **Decisión del Comité Director de la Agencia Ejecutiva Europea en los Ámbitos de la Salud y Digital, relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia Ejecutiva, DOUE, L, núm. 379, de 26 de octubre de 2021.**
5. **Decisión del Consejo de Administración, sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por la que se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo 2019/05 de 27 de septiembre de 2019, DOUE, L, núm. 413, de 19 de noviembre de 2021.**
6. **Decisión (UE) 2022/121 de la Comisión, de 27 de enero de 2022, por la que se establecen normas internas relativas a la comunicación de información a las personas interesadas y a la limitación de algunos de sus derechos en el contexto del tratamiento de datos personales a efectos del examen de las peticiones y reclamaciones presentadas en virtud del Estatuto de los funcionarios, DOUE, L, núm. 19, de 28 de enero de 2022.**
7. **Corrección de errores de la Decisión de Ejecución (UE) 2021/914 de la Comisión, de 4 de junio de 2021, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 199 de 7.6.2021), DOUE, L, núm. 35, de 17 de febrero de 2022.**
8. **Directiva (UE) 2022/211 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2022, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal, DOUE, L, núm. 37, de 18 de febrero de 2022.**
9. **Directiva (UE) 2022/228 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2022, por la que se modifica la Directiva 2014/41/UE en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal, DOUE, L, núm. 39, de 21 de febrero de 2022.**

10. **Corrección de errores de la Directiva (UE) 2022/211 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2022, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo en lo que respecta a su aproximación a las normas de la Unión sobre protección de datos de carácter personal (DO L 37 de 18.2.2022), DOUE, L, núm. 18, de 3 de marzo de 2022.**
11. **Decisión núm. 4/2022 de la Mesa del Comité de las Regiones, de 25 de enero de 2022, por la que se establecen normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades y procedimientos llevados a cabo por el Comité de las Regiones, DOUE, L, núm. 84, de 11 de marzo de 2022.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

12. **Directiva (UE) 2021/2118 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2021, por la que se modifica la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, DOUE, L, núm. 430, de 2 de diciembre de 2021.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

DERECHO DE CONSUMO

13. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo [COM(2021) 347 final – 2021/0171 (COD)], DOUE, C, núm. 105, de 4 de marzo de 2022.**

DERECHO DE LA PERSONA

14. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030»[COM(2021) 101 final], DOUE, C, núm. 374, de 16 de septiembre de 2021.**
15. **Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Recomendación del Consejo – Establecimiento de una Garantía Infantil Europea»[COM(2021) 137 final] y sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño»[COM(2021) 142 final], DOUE, C, núm. 374, de 16 de septiembre de 2021.**

16. **Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea (2021/2679(RSP)), DOUE, C, núm. 117, de 11 de marzo de 2022.**

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

17. **Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial (2020/2015(INI)), DOUE, C, núm. 404, de 6 de octubre de 2021.**

PROTECCIÓN DE DATOS

18. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de marzo de 2021, sobre una Estrategia Europea de Datos (2020/2217(INI)), DOUE, C, núm. 494, de 8 de diciembre de 2021.**
19. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de marzo de 2021, sobre el informe de evaluación de la Comisión sobre la ejecución del Reglamento General de Protección de Datos dos años después de su aplicación (2020/2717(RSP)), DOUE, C, núm. 494, de 8 de diciembre de 2021.**

RESPONSABILIDAD CIVIL

20. **Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)), DOUE, C, núm. 404, de 6 de octubre de 2021.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

21. **Asunto C-262/21 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de agosto de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – A / B [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Ámbito de aplicación – Artículo 2, punto 11 – Concepto de «traslado o retención ilícitos de un menor» – Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 – Solicitud de restitución de un menor de corta edad sobre el que tienen custodia compartida ambos progenitores – Nacionales de terceros países – Traslado del menor y de su madre al Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional en aplicación del**

Reglamento (UE) núm. 604/2013 (Dublín III)], DOUE, C, núm. 382, de 20 de septiembre de 2021.

22. Asunto C-567/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 15 de septiembre de 2021 – BNP Paribas SA / TR, DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
23. Asunto C-639/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 19 de octubre de 2021 – PB / Geos SAS, Geos International Consulting Limited, DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
24. Asunto C-651/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonon sad (Bulgaria) el 25 de octubre de 2021 – M. Ya. M., DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.
25. Asunto C-707/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 24 de noviembre de 2021 – Recamier SA / BR, DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.

COOPERACIÓN JUDICIAL

26. Asunto C-277/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Procedimiento incoado por UM [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Sucesiones – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 3, apartado 1, letra b) – Concepto de «pacto sucesorio» – Ámbito de aplicación – Contrato por el que se transmite la propiedad mortis causa – Artículo 83, apartado 2 – Elección de la ley aplicable – Disposiciones transitorias], DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
27. Asunto C-422/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Köln – Alemania) – RK / CR [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Sucesiones – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 6, letra a) – Inhibición – Artículo 7, letra a) – Competencia judicial – Control por parte del tribunal al que se somete el asunto en segundo lugar – Artículo 22 – Elección de la ley aplicable – Artículo 39 – Reconocimiento mutuo – Artículo 83, apartado 4 – Disposiciones transitorias], DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
28. Asunto C-296/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 30 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Commerzbank AG / E. O. (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Materia civil y mercantil – Convenio de Lugano II – Artículo 15, apartado 1, letra c) – Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores – Traslado del domicilio

del consumidor a otro Estado vinculado por el Convenio), DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.

29. Asunto C-581/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de octubre de 2021 [petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) – Bulgaria] Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad / TOTO SpA – Costruzioni Generali, Vianini Lavori SpA [Petición de decisión prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 1, apartado 1 – Materia civil y mercantil – Artículo 35 – Medidas provisionales y cautelares – Acción basada en un contrato para la construcción de una vía rápida pública celebrado entre una autoridad pública y dos sociedades de Derecho privado – Demanda de medidas provisionales relativa a penalidades y garantías derivadas de dicho contrato – Resolución sobre medidas provisionales ya dictada por un órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo], DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
30. Asunto C-393/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 21 de octubre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie – Polonia) – T. B., D. sp, z. o, o. / G. I. A/S [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia en materia de seguros – Artículo 11, apartado 1, letra b) – Artículo 12 – Artículo 13, apartado 2 – Ámbito de aplicación personal – Concepto de «persona perjudicada» – Profesional – Competencias especiales – Artículo 7, punto 2], DOUE, C, núm. 513, de 20 de diciembre de 2021.
31. Asunto C-30/21: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Lennestadt – Alemania) – Nemzeti Útdíjfizetési Szolgáltatás Zrt. / NW [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 1, apartado 1 – Ámbito de aplicación material – Concepto de «materia civil y mercantil» – Procedimiento para el cobro de una tarifa por la utilización de una carretera de peaje], DOUE, C, núm. 513, de 20 de diciembre de 2021.
32. Asunto C-25/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 25 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Višje sodišče v Ljubljani – Eslovenia) – Procedimiento iniciado por NK, en su condición de síndico de la quiebra de Alpine BAU GmbH [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículos 4 y 28 – Artículo 32, apartado 2 – Plazo fijado para la presentación de créditos en un procedimiento de insolvencia – Presentación de créditos en un procedimiento secundario de insolvencia en curso en un Estado miembro por el síndico

del procedimiento principal en curso en otro Estado miembro – Plazo imperativo establecido por el Derecho del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia secundario], DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.

33. Asunto C-289/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Paris – Francia) – IB / FA [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Competencia para conocer de una demanda de divorcio – Artículo 3, apartado 1, letra a) – Concepto de «residencia habitual» del demandante], DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.
34. Asunto C-708/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 9 de diciembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el County Court at Birkenhead – Reino Unido) – BT / Seguros Catalana Occidente, EB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Competencia en materia de seguros – Pretensión de reparación del perjuicio sufrido por un particular domiciliado en un Estado miembro a raíz de un accidente acaecido en un alojamiento alquilado en otro Estado miembro – Acción entablada por la persona perjudicada contra, por una parte, el asegurador y, por otra parte, el asegurado propietario de dicho alojamiento – Aplicabilidad del artículo 13, apartado 3, de este Reglamento], DOUE, C, núm. 73, de 14 de febrero de 2022.
35. Asunto C-251/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Gtflix Tv / DR [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 2 – Competencia especial en materia delictual o cuasidelictual – Publicación en Internet de comentarios supuestamente denigrantes para una persona – Lugar de materialización del daño – Tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sea o haya sido accesible un contenido publicado en línea], DOUE, C, núm. 84, de 21 de febrero de 2022.

DERECHO DE CONSUMO

36. Asunto C-302/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 4 de Castellón de la Plana (España) el 12 de mayo de 2021 – Casilda / Banco Cetelem SA, DOUE, C, núm. 382, de 20 de septiembre de 2021.
37. Asunto C-335/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 10 bis de Sevilla (España) el 27 de mayo de 2021 – Vicente / Delia, DOUE, C, núm. 382, de 20 de septiembre de 2021.

38. Asunto C-445/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski gradski sad (Bulgaria) el 15 de julio de 2021 – «EURO-BANK BULGARIA» AD / NI, RZ, «DMD DEVELOPMENTS» OOD, DOUE, C, núm. 412, de 11 de octubre de 2021.
39. Asunto C-485/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rayonen sad Nessebar (Bulgaria) el 5 de agosto de 2021 – «S. V.» OOD / E. Ts. D., DOUE, C, núm. 412, de 11 de octubre de 2021.
40. Asunto C-932/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 2 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Györi Ítéltábla – Hungría) – JZ/OTP Jelzálogbank Zrt., OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Artículo 6, apartado 1 – Préstamo denominado en moneda extranjera – Diferencia entre el tipo de cambio aplicable en el momento del desembolso del préstamo y el aplicable en el momento de su amortización – Normativa de un Estado miembro que establece la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional – Posibilidad de que el juez nacional invalide la totalidad del contrato que contiene la cláusula abusiva – Consideración eventual de la protección ofrecida por esta normativa y de la voluntad del consumidor relativa a su aplicación), DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.
41. Asunto C-455/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Olt (Rumanía) el 23 de julio de 2021 – OZ / Lyoness Europe AG, DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
42. Asuntos acumulados C-33/20, C-155/20 y C-187/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de septiembre de 2021 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Landgericht Ravensburg – Alemania) – UK / Volkswagen Bank GmbH (C-33/20), RT, SV, BC / Volkswagen Bank GmbH, Skoda Bank, sucursal de Volkswagen Bank GmbH (C-155/20), JL, DT / BMW Bank GmbH, Volkswagen Bank GmbH (C-187/20) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Crédito al consumo – Artículo 10, apartado 2 – Datos que deben especificarse en el contrato – Obligación de especificar el tipo de crédito, la duración del contrato de crédito, el tipo de interés de demora y los procedimientos de ajuste del tipo de interés de demora aplicable en el momento de la celebración del contrato de crédito – Modificación del tipo de interés de demora según el cambio del tipo de interés básico determinado por el banco central de un Estado miembro – Compensación debida en caso de reembolso anticipado del préstamo – Obligación de precisar el método de cálculo de la modificación del tipo de interés de demora y de la compensación – Inexistencia de obligación de especificar las posibilidades de resolución del contrato de crédito establecidas en la normativa nacional, pero no previstas por la Directiva 2008/48 – Artículo 14, apartado 1 – Derecho de desistimiento ejercido por el consumidor basado en la falta de información obligatoria con arreglo al artículo 10, apartado 2 –

Ejercicio fuera de plazo – Prohibición de que el prestamista pueda invocar una excepción de caducidad o de abuso de Derecho), DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.

43. Asunto C-371/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 2 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Peek & Cloppenburg KG, que actúa mediante la representación legal de Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B. V. / Peek & Cloppenburg KG, que actúa mediante la representación legal de Van Graaf Management GmbH (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia – Prácticas comerciales engañosas – Punto 11, primera frase, del anexo I – Acción publicitaria – Inserción de un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto – Promoción pagada por el mismo comerciante – Concepto de «pago» – Promoción de los productos de la empresa del anunciante y de la sociedad editora de medios de comunicación – «Publireportaje»), DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.
44. Asunto C-489/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayon en sad (Bulgaria) el 6 de agosto de 2021 – «Banka DSK» EAD / M. V., DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
45. Asunto C-543/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 31 de agosto de 2021 – Verband Sozialer Wettbewerb eV / familia-Handelsmarkt Kiel GmbH & Co. KG, DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
46. Asunto C-594/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 27 de septiembre de 2021 – VB / Sixt Leasing SE, DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
47. Asunto C-600/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 28 de septiembre de 2021 – QE / Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre de 2021.
48. Asunto C-555/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 9 de septiembre de 2021 – Uni-Credit Bank Austria AG / Verein für Konsumenteninformation, DOUE, C, núm. 513, de 20 de diciembre de 2021.
49. Asunto C-566/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj (Rumanía) el 14 de septiembre de 2021 – AA / Banca S, DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
50. Asunto C-388/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 11 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV / Dr. August Oetker Nahrungsmittel KG [Proce-

- dimiento prejudicial – Reglamento (UE) núm. 1169/2011 – Información alimentaria facilitada al consumidor – Artículo 9, apartado 1, letra l) – Información nutricional – Artículo 31, apartado 3, párrafo segundo – Cálculo del valor energético y de las cantidades de nutrientes – Posibilidad de aportar esta información respecto del alimento preparado – Requisitos – Artículo 33, apartado 2, párrafo segundo – Expresión por porción o por unidad de consumo], DOUE, C, núm. 11, de 10 de enero de 2022.
51. Asunto C-598/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove (Eslovaquia) el 28 de septiembre de 2021 – SP, CI / Všeobecná úverová banka a.s., DOUE, C, núm. 11, de 10 de enero de 2022.
52. Asunto C-212/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie – Polonia) – M. P., B. P. / «A.» prowadzący działalność za pośrednictwem «A.» S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario indexado a una divisa extranjera – Cláusula contractual relativa al tipo de cambio de compra y de venta de una divisa extranjera – Exigencia de inteligibilidad y de transparencia – Facultades del juez nacional), DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
53. Asunto C-570/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 13 de septiembre de 2021 – I. S., K. S. / YYY. S. A., DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
54. Asunto C-655/20: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona) – Marc Gómez del Moral Guasch / Bankia, S. A. [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Tipo de interés variable – Índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) – Control de transparencia por el órgano jurisdiccional nacional – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Consecuencias de la declaración de nulidad – Sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU: C:2020:138) – Nuevas cuestiones prejudiciales], DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.
55. Asunto C-79/21: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 17 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza) – YB / Unión de Créditos Inmobiliarios, S. A. [Procedimiento prejudicial – Artículos 53 y 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE –

Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Tipo de interés variable – Índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) – Control de transparencia por el órgano jurisdiccional nacional – Obligación de información – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia – Consecuencias de la declaración de nulidad], DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.

56. **Asunto C-625/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 8 de octubre de 2021 – VB / GUPFINGER Einrichtungsstudio GmbH, DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.**
57. **Asunto C-484/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 2 de diciembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München – Alemania) – Vodafone Kabel Deutschland GmbH / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva (UE) 2015/2366 – Servicios de pago – Artículo 62, apartado 4 – Gastos aplicables – Artículo 107, apartado 1 – Plena armonización – Artículo 115, apartados 1 y 2 – Transposición y aplicación – Abonos de televisión por cable y de acceso a Internet – Contratos de tracto sucesivo celebrados antes de la fecha de transposición de la citada Directiva – Gastos que se cobran por las operaciones de pago sin domiciliación bancaria iniciadas después de esa fecha], DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.**
58. **Asunto C-565/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 14 de septiembre de 2021 – Caixa-bank S. A. / X, DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.**
59. **Asunto C-87/21: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de octubre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj – Rumanía) – NSV, NM / BT (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Ámbito de aplicación – Artículo 1, apartado 2 – Cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas – Contratos de préstamo denominados en moneda extranjera – Cláusulas relativas al riesgo del tipo de cambio que reproducen una disposición supletoria de Derecho nacional – Presunto incumplimiento de la obligación de información que recae en la entidad bancaria prestamista – Exigencia de buena fe – Examen por el órgano jurisdiccional nacional que ha de efectuarse con prioridad a la vista del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13), DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.**
60. **Asunto C-520/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie (Polonia)**

el 24 de agosto de 2021 – A. S. / Bank M. SA, DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.

61. Asunto C-705/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Győri Ítéltábla (Hungría) el 23 de noviembre de 2021 – MJ / AxFi-na Hungary Zrt., DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.
62. Asunto C-630/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Stuttgart (Alemania) el 13 de octubre de 2021 – O. K. / Mercedes-Benz Bank AG, DOUE, C, núm. 73, de 14 de febrero de 2022.
63. Asunto C-243/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de diciembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Polymeles Protodikeio Athinon – Grecia) – DP, SG / Trapeza Peiraios AE (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas – Artículo 1, apartado 2 – Cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas – Exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva – Préstamo reembolsable en moneda extranjera – Cláusula que refleja una disposición nacional de carácter supletorio – Consecuencias de la no transposición de ese artículo 1, apartado 2 – Artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1 – Control del carácter abusivo de una cláusula – Artículo 8 – Adopción o mantenimiento de disposiciones nacionales que garanticen un mayor nivel de protección de los consumidores – Interacción entre estas diversas disposiciones de la Directiva 93/13), DOUE, C, núm. 84, de 21 de febrero de 2022.
64. Asunto C-670/20: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de diciembre de 2021 (Petición de decisión prejudicial del Ráckevei Járásbírószág – Hungría) – EP, TA, FV, TB / ERSTE Bank Hungary Zrt (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo denominado en moneda extranjera – Cláusulas que exponen al prestatario a un riesgo de tipo de cambio – Artículo 4, apartado 2 – Exigencias de inteligibilidad y de transparencia – Falta de relevancia de la declaración del consumidor según la cual este es plenamente consciente de los riesgos potenciales derivados de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera – Redacción clara y comprensible de una cláusula contractual), DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
65. Asunto C-881/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de enero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský soud v Brně – República Checa) – Tesco Stores ČR a.s. / Ministerstvo zemědělství [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Aproximación de las legislaciones – Reglamento (UE) núm. 1169/2011 – Anexo VII, parte E, punto 2, letra a) – Información alimentaria facilitada al consumidor – Etiquetado y presentación de los alimentos – Directiva 2000/36/CE –

Anexo I, parte A, punto 2, letra c) – Productos de cacao y de chocolate – Lista de ingredientes de un alimento destinado a los consumidores en un Estado miembro], DOUE, C, núm. 109, de 7 de marzo de 2022.

DERECHO DE CONTRATOS

66. **Asunto C-386/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Mons (Bélgica) el 24 de junio de 2021 – Ryanair DAC / Happy Flights Srl, anteriormente denominada Happy Flights Sprl, DOUE, C, núm. 382, de 20 de septiembre de 2021.**
67. **Asunto C-396/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht München I (Alemania) el 29 de junio de 2021 – KT, NS / FTI Touristik GmbH, DOUE, C, núm. 382, de 20 de septiembre de 2021.**
68. **Asunto C-540/21: Recurso interpuesto el 27 de agosto de 2021 – Comisión Europea/República Eslovaca, DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.**
69. **Asunto C-574/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky (República Checa) el 20 de septiembre de 2021 – QT / O2 Czech Republic a, s., DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.**
70. **Asunto C-419/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polonia) el 8 de julio de 2021 – X sp, z o.o., sp, k. / Z, DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.**
71. **Asunto C-453/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania) el 21 de julio de 2021 – X-FAB Dresden GmbH & Co. KG / FC, DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.**
72. **Asunto C-617/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 6 de octubre de 2021 – RU, PO / Nissan Leasing, Volkswagen Leasing GmbH, DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.**
73. **Asunto C-690/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht München I (Alemania) el 17 de noviembre de 2021 – RSD Reise Service Deutschland GmbH / QL, DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.**
74. **Asunto C-632/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 2 de Granadilla de Abona (España) el 14 de octubre de 2021 – JF y NS / Diamond Resorts Europe Limited (Sucursal en España), Diamond Resorts Spanish Sales S. L. y Sunterra Tenerife Sales S. L., DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.**

75. **Asunto C-691/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 18 de noviembre de 2021 – Cafpi SA, Aviva assurances SA / Enedis SA, DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

76. **Asunto C-312/21: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 3 de Valencia (España) el 19 de mayo de 2021 – Tráficos Manuel Ferrer S. L. y otro / Daimler AG, DOUE, C, núm. 382, de 20 de septiembre de 2021.**
77. **Asunto T-130/21 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 22 de julio de 2021 – CCPL y otros/Comisión («Procedimiento sobre medidas provisionales – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de envases de alimentos al por menor – Decisión por la que se imponen multas – Garantía financiera – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Capacidad contributiva – Demanda de suspensión de la ejecución – Inexistencia de fumus boni iuris»), DOUE, C, núm. 391, de 27 de septiembre de 2021.**
78. **Asunto T-425/18: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Altice Europe/Comisión [«Competencia – Concentraciones – Sector de las telecomunicaciones – Decisión por la que se imponen multas por la ejecución de una operación de concentración antes de su notificación y autorización – Artículos 4, apartado 1, 7, apartado 1, y 14 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 – Seguridad jurídica – Confianza legítima – Principio de legalidad – Presunción de inocencia – Proporcionalidad – Gravedad de las infracciones – Realización de las infracciones – Intercambios de información – Importe de las multas – Competencia jurisdiccional plena»], DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.**
79. **Asunto C-882/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona) – Sumal, S. L. / Mercedes Benz Trucks España, S. L. (Procedimiento prejudicial – Competencia – Compensación de los daños causados por una práctica prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1 – Determinación de las entidades responsables de la compensación – Acción de resarcimiento ejercitada contra la filial de una sociedad matriz a raíz de una decisión por la que se declara que solo la sociedad matriz ha participado en un cártel – Concepto de «empresa» – Concepto de «unidad económica»), DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.**
80. **Asunto C-605/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Městský soud v Praze (República Checa) el 30 de septiembre de 2021 – Heureka Group a.s. / Google LLC, DOUE, C, núm. 513, de 20 de diciembre de 2021.**
81. **Asunto C-819/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial plan-**

teada por el Rechtbank Amsterdam – Países Bajos) – Stichting Car-tel Compensation, Equilib Netherlands BV / Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV y otros [Procedimiento prejudicial – Artículos 81 CE, 84 CE y 85 CE – Artículo 53 del Acuerdo EEE – Prácticas colusorias – Conductas de empresas en el sector del transporte aéreo entre el Espacio Económico Europeo (EEE) y terceros países que tuvieron lugar durante la vigencia de los artícu-los 84 CE y 85 CE – Acción de resarcimiento del perjuicio – Compe-tencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar el artículo 81 CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE], DOUE, C, núm. 11, de 10 de enero de 2022.

82. Asunto C-306/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial plan-teada por la Administratīvā apgabaltiesa – Letonia) – «Visma Enterprise» SIA / Konkurences padome (Procedimiento prejudi-cial – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE, apartados 1 y 3 – Acuerdos verticales – Restricción «por el objeto» o «por el efecto» – Exención – Registro por el distribuidor de la transacción potencial con el usuario final – Cláusula que confiere al distribuidor «prioridad para llevar a cabo el proceso de venta» durante seis meses a partir de la fecha de registro – Excepción – Oposición del usuario – Competencia del Tribunal de Justicia – Situación meramente interna – Normativa nacional que se atiene a las soluciones adoptadas por el Derecho de la Unión), DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
83. Asunto T-612/17: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviem-bre de 2021 – Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping) («Competencia – Abuso de posición dominante – Búsqueda general y búsqueda especializada de productos en Internet – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE – Abuso por efecto de palanca – Competencia basada en los méritos o práctica contraria a la competencia – Condiciones de acceso por parte de los competi-dores a un servicio de una empresa dominante cuya utilización no puede ser sustituida efectivamente – Presentación privilegiada, por porte de la empresa dominante, de los resultados de su propio ser-vicio de búsqueda especializada – Efectos – Necesidad de establecer una hipótesis contraria – Inexistencia – Justificaciones objetivas – Inexistencia – Posibilidad de imponer una multa habida cuenta de determinadas circunstancias – Directrices para el cálculo de las multas – Competencia jurisdiccional plena»), DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

84. Asunto T-455/20: Auto del Tribunal General de 15 de julio de 2021 – Roxtec/EUIPO – Wallmax (Representación de un cuadrado naranja con siete círculos negros concéntricos) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un cuadrado naranja con siete círculos

negros concéntricos – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 382, de 20 de septiembre de 2021.

85. Asunto T-500/19: Auto del Tribunal General de 20 de julio de 2021 – Coravin/EUIPO – Cora (CORAVIN) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Declaración de caducidad de la marca nacional anterior que sirve de fundamento a la resolución impugnada – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 401, de 4 de octubre de 2021.
86. Asunto T-834/19: Sentencia del Tribunal General de 1 de septiembre de 2021 – e*Message Wireless Information Services/EUIPO – Apple (e*message) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión e*message – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Declaración de nulidad – Disposiciones aplicables *ratione temporis* – Aplicación de una jurisprudencia posterior – Artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica»), DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.
87. Asunto T-23/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de septiembre de 2021 – FF IP/EUIPO – Seven (the DoubleF) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión the DoubleF – Marca denominativa anterior de la Unión THE DOUBLE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Público pertinente – Similitud entre los productos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.
88. Asunto T-96/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de septiembre de 2021 – Gruppe Nymphenburg Consult/EUIPO (Limbic® Types) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Limbic® Types – Motivos de denegación absolutos – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por parte del Tribunal General – Remisión a la Sala de Recurso ampliada – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Error de Derecho – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Fuerza de cosa juzgada – Artículo 72, apartado 6, del Reglamento 2017/1001 – Composición de la Sala de Recurso ampliada»), DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.
89. Asunto T-463/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de septiembre de 2021 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Wong (GT RACING) («Marca de la Unión Europea – Procedimien-

to de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GT RACING – Marca figurativa anterior de la Unión que representa trazos gruesos curvado, verticales y horizontal – Marca denominativa anterior de la Unión GT – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001) – Marcas nacionales anteriores no registradas – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001) – Régimen de la acción de common law por usurpación de denominación (action for passing off) – Inexistencia de presentación engañosa – Utilización en el tráfico económico cuyo alcance no es únicamente local – Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de la Unión y de Euratom», DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.

90. Asunto T-561/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de septiembre de 2021 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Vieta Audio (Vita) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Vita – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso para los productos para los que fue registrada la marca», DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.
91. Asunto T-566/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de septiembre de 2021 – Residencial Palladium/EUIPO – Palladium Gestión (PALLADIUM HOTEL GARDEN BEACH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión PALLADIUM HOTEL GARDEN BEACH – Nombre comercial nacional anterior GRAND HOTEL PALLADIUM – Motivo de denegación relativo – Utilización en el tráfico económico de un signo de alcance no únicamente local – Artículos 8, apartado 4, y 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.
92. Asunto T-697/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de septiembre de 2021 – Bimbo Donuts Iberia/EUIPO – Hijos de Antonio Juan (DONAS DULCESOL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión DONAS DULCESOL – Marca nacional denominativa anterior DONAS – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de prueba del uso efectivo de la marca anterior – Calificación de los productos respecto de los cuales se ha demostrado el uso efectivo – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.

93. Asunto T-84/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – Qx World/EUIPO – Mandelay (EDUCTOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión EDUCTOR – Marca no registrada anterior EDUCTOR – Artículo 53, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 72, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 16, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Artículo 6 bis del Convenio de París»], DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.
94. Asunto T-458/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – SBG/EUIPO – VF International (GEØGRAPHICAL NØRWAY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa GEØGRAPHICAL NØRWAY – Motivo de denegación absoluto – Causa de nulidad absoluta – Artículo 51, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Mala fe – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.
95. Asunto T-459/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – SBG/EUIPO – VF International (GEOGRAPHICAL NORWAY EXPEDITION) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión GEOGRAPHICAL NORWAY EXPEDITION – Motivo de denegación absoluto – Causa de nulidad absoluta – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Mala fe – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.
96. Asunto T-460/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – SBG/EUIPO – VF International (Geographical Norway) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Geographical Norway – Motivo de denegación absoluto – Causa de nulidad absoluta – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Mala fe – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.
97. Asunto T-461/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – SBG/EUIPO – VF International (GEOGRAPHICAL NORWAY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión GEOGRAPHICAL NORWAY – Motivo de denegación absoluto – Causa de nulidad absoluta – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del

Reglamento (UE) 2017/1001] – Mala fe – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.

98. **Asunto T-489/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – Eos Products/EUIPO (Forma de un contenedor esférico) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un contenedor esférico – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.**
99. **Asunto T-493/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – Sfera Joven/EUIPO – Koc (SFORA WEAR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SFORA WEAR – Marcas figurativas anteriores de la Unión Sfera KIDS y Sfera – Motivo de denegación relativo – Ausencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.**
100. **Asunto T-584/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – Cara Therapeutics/EUIPO – Gebro Holding (KORSUVA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión KORSUVA – Marca nacional denominativa anterior AROSUVA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.**
101. **Asunto T-852/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2021 – Albéa Services/EUIPO – dm-drogerie markt (ALBÉA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa ALBEA – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea anterior – Marca denominativa Balea – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Carácter distintivo del Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.**
102. **Asunto T-85/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – Qx World/EUIPO – Mandelay (EDUCTOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión EDUCTOR – Marca anterior no registrada EDUCTOR – Artículo 53, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra b), del**

- Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 72, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 16, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Artículo 6 bis del Convenio de París», DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
103. Asunto T-86/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2021 – Qx World/EUIPO – Mandelay (SCIO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SCIO – Marca anterior no registrada SCIO – Artículo 53, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 72, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 16, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Artículo 6 bis del Convenio de París», DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
104. Asunto T-207/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2021 – Residencial Palladium/EUIPO – Palladium Gestión (PALLADIUM HOTELS & RESORTS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión PALLADIUM HOTELS & RESORTS – Requisitos de admisibilidad de la solicitud de nulidad – Artículo 53, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 56, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 63, apartado 3, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
105. Asunto T-274/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2021 – MHCS/EUIPO – Lidl Stiftung (Tono del color naranja) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un tono del color naranja – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Naturaleza de la marca – Marca de color – Derecho a ser oído – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
106. Asunto T-331/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2021 – Laboratorios Ern/EUIPO – Le-Vel Brands (Le-Vel) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Le-Vel – Marca nacional denominativa anterior LEVEL – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos y los servicios – Arti-

culo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.

107. Asunto T-673/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2021 – Celler Lagravera/EUIPO – Cyclic Beer Farm (Cíclic) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Cíclic – Marca denominativa anterior de la Unión CYCLIC – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
108. Asunto T-688/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre 2021 – Freshly Cosmetics/EUIPO – Misiego Blázquez (IDENTY BEAUTY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión IDENTITY BEAUTY – Marca nacional figurativa anterior IDENTITY THE IMAGE CLUB – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
109. Asunto T-702/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2021 – Beelow/EUIPO (made of wood) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión made of wood – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 452, de 8 de noviembre de 2021.
110. Asunto T-591/19: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Healios/EUIPO – Helios Kliniken (Healios) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Healios – Marca denominativa anterior de la Unión HELIOS – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.
111. Asuntos T-128/20 y T-129/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Collibra/EUIPO – Dietrich (COLLIBRA y collibra) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas denominativa de la Unión COLLIBRA y figurativa collibra – Marca nacional denominativa anterior Kollibri – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho

- a ser oído – Artículo 94, apartado 1, segunda frase, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.
112. Asunto T-169/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Marina Yachting Brand Management/EUIPO – Industries Sportswear (MARINA YACHTING) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de revocación de resoluciones o de cancelación de inscripciones – Cancelación de una inscripción en el registro afectada por un error evidente imputable a la EUIPO – Marca incluida en un procedimiento de insolvencia – Registro de la cesión de la marca – Oponibilidad frente a terceros de un procedimiento de quiebra o de procedimientos análogos – Competencia de la EUIPO – Obligación de diligencia – Artículos 20, 24, 27 y 103 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículos 3, 7 y 19 del Reglamento (UE) 2015/848», DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.
113. Asunto T-173/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Henry Cotton’s Brand Management/EUIPO – Industries Sportswear (Henry Cotton’s) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de revocación de resoluciones o de cancelación de inscripciones – Cancelación de una inscripción en el registro afectada por un error evidente imputable a la EUIPO – Marca incluida en un procedimiento de insolvencia – Registro de la cesión de la marca – Oponibilidad frente a terceros de un procedimiento de quiebra o de procedimientos análogos – Competencia de la EUIPO – Obligación de diligencia – Artículos 20, 24, 27 y 103 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículos 3, 7 y 19 del Reglamento (UE) 2015/848», DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.
114. Asunto T-195/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Sociedade da Água de Monchique/EUIPO – Ventura Vendrell (chic ÁGUA ALCALINA 9,5 PH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión chic ÁGUA ALCALINA 9,5 PH – Marca denominativa anterior de la Unión CHIC BARCELONA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.
115. Asunto T-250/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Moviescreens Rental/EUIPO – the airscreen company (AIRSCREEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión airscreen – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.
116. Asunto T-616/19 REV: Auto del Tribunal General de 13 de septiembre de 2021 – Katjes Fassin/EUIPO – Haribo The Netherlands &

Belgium (WONDERLAND) («Procedimiento – Demanda de revisión – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Recurso contra una resolución de la EUIPO por la que se deniega parcialmente el registro de una marca – Retirada de la oposición producida antes de la notificación del auto que desestima el recurso – Hecho desconocido por el recurrente y por el Tribunal General – Revisión del auto – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 462, de 15 de noviembre de 2021.

117. **Asunto C-472/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 2 de agosto de 2021 – Monz Handelsgesellschaft International mbH & Co. KG / Büchel GmbH & Co. Fahrzeugtechnik KG**, DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
118. **Asunto T-60/20: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2021 – Enosi Mastichoparagogon Chiou/EUIPO (MASTIHACARE)** [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa MASTIHACARE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
119. **Asunto T-592/20: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2021 – Univers Agro/EUIPO – Shandong Hengfeng Rubber & Plastic (AGATE)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de anulación – Marca denominativa de la Unión AGATE – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
120. **Asunto T-685/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Asian Gear/EUIPO – Multimox (Escúter)** [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un escúter – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
121. **Asunto T-686/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – Asian Gear/EUIPO – Multimox (Escúter)** [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un escúter – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.

122. Asunto T-32/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Daw/EUIPO (Muresko) [«Marca de la Unión Europea – Marca denominativa de la Unión Muresko – Marcas denominativas nacionales anteriores Muresko – Reivindicación de la antigüedad de las marcas nacionales anteriores tras el registro de la marca de la Unión Europea – Artículos 39 y 40 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Registro de marcas nacionales anteriores que ya haya expirado en el momento en que se realiza la reivindicación»], DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
123. Asunto T-254/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Kondyterska korporatsiia «Roshen»/EUIPO – Krasnyj Octyabr (Representación de una langosta) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa una langosta – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento 2017/1001] – Derecho a ser oído – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
124. Asunto T-342/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 Indo European Foods/EUIPO – Chakari (Abresham Super Basmati Selaa Grade One World’s Best Rice) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Europea Abresham Super Basmati Selaa Grade One World’s Best Rice – Marca denominativa anterior no registrada BASMATI – Acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión y del Euratom – Período transitorio – Interés en ejercitar la acción – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Régimen de la acción de common law por usurpación de denominación (action for passing off) – Riesgo de presentación engañosa – Riesgo de dilución de la marca anterior renombrada»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
125. Asunto T-372/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVEDERM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión JUVEDERM – Uso efectivo de la marca – Uso para los productos para los que fue registrada la marca – Uso con el consentimiento del titular – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
126. Asunto T-397/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Allergan Holdings France/EUIPO – Dermavita Company (JUVEDERM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de

caducidad – Marca denominativa de la Unión JUVÉDERM – Uso efectivo de la marca – Uso para los productos para los que fue registrada la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.

127. Asunto T-417/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Esteves Lopes Granja/EUIPO – IVDP (PORTWO GIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PORTWO GIN – Denominación de origen anterior «Porto» – Conceptos de utilización y explotación de una denominación de origen protegida – Artículo 103, apartado 2, letra a), inciso ii) del Reglamento (UE) núm. 1308/2013»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
128. Asunto T-505/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Guo/EUIPO – Sand Cph (sandriver) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión sandriver – Marca denominativa anterior de la Unión SAND – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
129. Asunto T-635/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM VYBRANCE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión JUVÉDERM VYBRANCE – Pago tardío de la tasa de recurso – Inadmisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Artículo 101, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 106, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Restitutio in integrum»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
130. Asunto T-636/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM VOLUMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión JUVÉDERM VOLUMA – Pago tardío de la tasa de recurso – Inadmisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Artículo 101, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 106, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Restitutio in integrum»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
131. Asunto T-637/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM VOLITE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión JUVÉDERM VOLITE – Pago tardío de la tasa de recurso – Inadmisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Artículo 101, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 106, apartado 1, letra b) del

Reglamento 2017/1001] – Restitutio in integrum»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.

- 132. Asunto T-3/21: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – Power Horse Energy Drinks/EUIPO – Robot Energy Europe (UNSTOPPABLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión UNSTOPPABLE – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.**
- 133. Asunto T-1/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct (INSTINCT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión INSTINCT – Falta de uso efectivo de la marca – Importancia del uso – Apreciación global de los medios de prueba – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.**
- 134. Asunto T-12/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Schneider/EUIPO – Frutaria Comercial de Frutas y Hortalizas (Frutaria) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión Frutaria – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo – Naturaleza del uso»], DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.**
- 135. Asunto T-124/20: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2021 – M/S. Indeutsch International/EUIPO – 135 Kirkstall (Representación de cuñas repetidas entre dos líneas paralelas) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa cuñas repetidas entre dos líneas paralelas – Motivo de denegación absoluto – Signo que puede constituir una marca de la Unión – Artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Obligación de pronunciarse sobre el recurso – Artículo 71, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Adhesión al recurso»], DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.**
- 136. Asunto T-429/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Sedus Stoll/EUIPO – Kappes (Sedus ergo+) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Sedus ergo+ – Marca nacional**

denominativa anterior ERGOPLUS – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.

137. Asunto T-436/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Sedus Stoll/EUIPO – Kappes (Sedus ergo+) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Sedus ergo+ – Marcas nacional e internacional denominativa anterior ERGOPLUS – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
138. Asunto T-523/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Setarcos Consulting/EUIPO (Blockchain Island) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Blockchain Island – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
139. Asunto T-591/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Unimax Stationery/EUIPO – Mitsubishi Pencil (UNI-MAX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión UNI-MAX – Marcas figurativas anteriores de la Unión uni y uni-ball – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
140. Asunto T-712/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Škoda Investment/EUIPO – Škoda Auto (Representación de una flecha con ala) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una flecha con ala – Marca figurativa anterior de la Unión que representa una flecha con ala – Motivo de denegación relativo – Desestimación parcial de la oposición – Limitación del alcance de la oposición en el recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Retirada parcial de la oposición – Motivo examinado de oficio por la Sala de Recurso – Prohibición de pronunciarse ultra petita»), DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
141. Asunto T-732/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Freundlieb/EUIPO (CRYSTAL) [«Marca de la Unión Europea – Marca denominativa de la Unión CRYSTAL – Inexistencia de solicitud de renovación del registro de la marca – Cancelación de la marca a la expiración del registro – Solicitud de restitución in integrum – Artículo 104 del Reglamento (UE) 2017/1001

- Deber de diligencia – Ausencia de control – Inobservancia de los plazos», DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
142. Asunto T-733/20: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2021 – Freundlieb/EUIPO (BANDIT) [«Marca de la Unión Europea – Marca denominativa de la Unión BANDIT – Inexistencia de solicitud de renovación del registro de la marca – Cancelación de la marca tras la expiración del registro – Petición de restitución in integrum – Artículo 104 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Deber de diligencia – Falta de control – Incumplimiento de plazos», DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
143. Asunto T-823/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2021 – JMS Sports/EUIPO – Inter-Vion (Goma elástica para el cabello en espiral) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una goma elástica para el cabello en espiral – Divulgación de dibujos o modelos anteriores – Divulgación en Internet – Artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Igualdad de armas – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre de 2021.
144. Asunto T-112/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2021 – Intis/EUIPO – Televes (TELEVEND) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión TELEVEND – Marca denominativa anterior de la Unión TELEVES – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre de 2021.
145. Asunto T-210/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2021 – Square/EUIPO (\$ Cash App) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa \$ Cash App – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Igualdad de trato y principio de buena administración», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre de 2021.
146. Asunto T-211/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2021 – Square/EUIPO (\$ Cash App) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa \$ Cash App – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre de 2021.
147. Asunto T-351/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2021 – St. Hippolyt/EUIPO – Raisioaqua (Vital like nature)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Soli-
citud de marca figurativa de la Unión Vital like nature – Marca
figurativa anterior de la Unión VITAL – Motivo de denegación
relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del
Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1,
letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 502,
de 13 de diciembre de 2021.
148. Asunto T-352/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre
de 2021 – St. Hippolyt/EUIPO – Elephant (Strong like nature)
[«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Soli-
citud de marca figurativa de la Unión Strong like nature – Marca
figurativa anterior de la Unión STRONG NATURE – Motivo de
denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1,
letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 502,
de 13 de diciembre de 2021.
149. Asunto T-356/20: Sentencia del Tribunal General de 27 de octubre
de 2021 – Jiruš/EUIPO – Nile Clothing (Racing Syndicate) [«Marca
de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurati-
va de la Unión Racing Syndicate – Marca internacional denomina-
tiva anterior SYNDICATE – Presentación de pruebas por primera
vez ante la Sala de Recurso – Artículo 95, apartado 2, del Regla-
mento (UE) 2017/1001 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de
confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE)
núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del
Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre
de 2021.
150. Asunto T-559/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre
de 2021 – Yadex International/EUIPO – Sütas Süt Ürünleri (PINAR
Süzme Peynir) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de
oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea
– Marca figurativa PINAR Süzme Peynir – Marca internacional
figurativa anterior Süzme Peynir – Motivo de denegación relativo
– Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Regla-
mento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre
de 2021.
151. Asunto T-560/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre
de 2021 – Yadex International/EUIPO – Sütas Süt Ürünleri (PINAR
Tam kivaminda Süzme Peynir Yumusacik ve Leziz) [«Marca de la
Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacio-
nal que designa a la Unión Europea – Marca figurativa PINAR
Tam kivaminda Süzme Peynir Yumusacik ve Leziz – Marca inter-
nacional figurativa anterior Süzme Peynir – Motivo de denegación
relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del
Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 502, de 13 de
diciembre de 2021.
152. Asunto T-596/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de
2021 – Roller/EUIPO – Flex Equipos de Descanso (DORMILLO)
[«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Regis-

- tro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa DORMILLO – Marca figurativa anterior de la Unión DORMILON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre de 2021.
153. Asunto T-597/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2021 – Roller/EUIPO – Flex Equipos de Descanso (Dormillo) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa Dormillo – Marca figurativa anterior de la Unión DORMILON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 502, de 13 de diciembre de 2021.
154. Asunto T-503/20: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021 – T i D kontrolni sistemi/EUIPO – Sigmatron (Aparatos y dispositivos de señalización) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa aparatos y dispositivos de señalización – Dibujo o modelo comunitario anterior – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Declaración de nulidad del dibujo o modelo anterior – Irrelevancia – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 513, de 20 de diciembre de 2021.
155. Asunto C-123/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de octubre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Ferrari SpA / Mansory Design & Holding GmbH, WH [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Dibujos o modelos comunitarios – Artículos 4, 6 y 11 – Acción por infracción – Dibujo o modelo comunitario no registrado – Apariencia de una parte de un producto – Requisitos de protección – Componente de un producto complejo – Carácter singular – Acto de divulgación al público], DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
156. Asunto T-239/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Pfizer (RUXXIMLA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión RUXXIMLA – Marca denominativa anterior de la Unión RUXIMERA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
157. Asunto T-248/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Pfizer (RUXYMLA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión RUXYMLA – Marca denominativa anterior de la Unión RUXIMERA – Motivo de dene-

- gación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
158. Asunto T-353/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – AC Milan/EUIPO – InterES (ACM 1899 AC MILAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa ACM 1899 AC MILAN – Marcas nacionales denominativas anteriores Milan – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001) – No alteración del carácter distintivo», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
159. Asunto T-443/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Sanford/EUIPO – Avery Zweckform (Etiquetas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una etiqueta – Dibujo o modelo anterior – Prueba de la divulgación – Artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Pruebas presentadas después de la expiración del plazo fijado – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 63, apartado 2, del Reglamento núm. 6/2002 – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
160. Asunto T-500/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Selmikeit & Giczella/EUIPO – Boehmert & Boehmert (HALLOWIENER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión HALLOWIENER – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
161. Asunto T-542/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Pfizer (RUXIMBLIS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión RUXIMBLIS – Marca denominativa anterior de la Unión RUXIMERA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
162. Asunto T-617/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2021 – Standardkessel Baumgarte Holding/EUIPO (Standardkessel) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Standardkessel – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1,

- letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
163. Asunto T-755/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Nissan Motor/EUIPO – VDL Groep (VDL E-POWER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VDL E-POWER – Marcas nacionales figurativas anteriores e-POWER – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
164. Asunto T-756/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Nissan Motor/EUIPO – VDL Groep (VDL E-POWERED) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VDL E-POWER – Marcas nacionales figurativas anteriores e-POWER – Motivo de denegación relativo – Ausencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 2, de 3 de enero de 2022.
165. Asunto T-532/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Phi Group/EUIPO – Gruppo Cadoro (REDELLO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión REDELLO – Marca figurativa anterior de la Unión CADELLO 88 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 11, de 10 de enero de 2022.
166. Asuntos acumulados T-758/20 y T-759/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Monster Energy/EUIPO – Frito-Lay Trading Company (MONSTER y MONSTER ENERGY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marcas denominativas de la Unión MONSTER y MONSTER ENERGY – Uso efectivo de las marcas – Uso para los productos para los cuales se registraron las marcas – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 11, de 10 de enero de 2022.
167. Asunto T-73/21: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – PIK-KO/EUIPO – Haribo Riccles Zan (P. I. C. Co.) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión P. I. C. Co. – Marca figurativa nacional anterior PIK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1,

letra a), del Reglamento 2017/1001] – Declaración de nulidad parcial», DOUE, C, núm. 11, de 10 de enero de 2022.

168. Asunto T-298/19: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2021 – Think Schuhwerk/EUIPO (Representación de herretes rojos de cordones de zapatos) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa herretes rojos de cordones de zapatos – Denegación de la solicitud – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Solicitud anterior sustancialmente idéntica – Inexistencia de fuerza de cosa juzgada – Obligación de motivación – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 95 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
169. Asunto T-193/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – Eternit/EUIPO – Eternit Österreich (Panel de construcción) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un panel de construcción – Dibujo o modelo anterior que representa un panel para pantalla acústica – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Sector de que se trata – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Pertinencia de los productos efectivamente comercializados – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
170. Asunto T-434/20: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2021 – Włodarczyk/EUIPO – Ave Investment (dziandruk) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión dziandruk – Causa de nulidad absoluta – Inexistencia de mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
171. Asunto T-504/20: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2021 – Soapland/EUIPO – Norma (Manòu) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Manòu – Marcas denominativas anteriores nacional e internacional MANOU – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo de las marcas anteriores»], DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
172. Asunto T-517/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – VF International/EUIPO – National Geographic Society (NATIONAL GEOGRAPHIC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión NATIONAL GEOGRAPHIC – Marca anterior no registrada geographic – Motivo de denegación relativo – Utilización en el tráfico

económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículos 8, apartado 4, y 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.

173. Asunto T-518/20: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021 – VF International/EUIPO – National Geographic Society (NATIONAL GEOGRAPHIC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión NATIONAL GEOGRAPHIC – Marca anterior no registrada GEOGRAPHIC – Motivo de denegación relativo – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículos 8, apartado 4, y 52, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
174. Asunto T-538/20: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2021 – Guasch Pubill/EUIPO – Nap-Kings (Ropa de mesa) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa ropa de mesa – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002 – Inadmisibilidad de la solicitud de declaración de nulidad – Artículo 52, apartado 3, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
175. Asunto T-551/20: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2021 – Jeronimo Martins Polska/EUIPO – Rivella International (Riviva) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Riviva – Marca denominativa anterior de la Unión RIVELLA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Desestimación parcial de la solicitud de registro – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
176. Asunto T-616/20: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2021 – Sociéte des produits Nestlé/EUIPO – Amigüitos pets & life (THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect – Marca denominativa anterior de la Unión ONE – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b) y apartado 5 del Reglamento (CE) n. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b) y apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por parte del Tribunal General – Artículo 72, apartado 6, del Regla-

mento (UE) 2017/1001 – Fuerza de cosa juzgada», DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.

177. Asunto T-658/20: Sentencia del Tribunal General de 17 de noviembre de 2021 – Jakober/EUIPO (Forma de una taza) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una taza – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 24, de 17 de enero de 2022.
178. Asunto C-686/21: Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia) el 15 de noviembre de 2021 – VW, Legea S.r.l. / SW, CQ, ET, VW, Legea S.r.l., DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.
179. Asunto T-359/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de diciembre de 2021 – Team Beverage/EUIPO – Zurich Deutscher Herold Lebensversicherung (Team Beverage) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Team Beverage – Marca denominativa anterior de la Unión TEAM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.
180. Asunto T-467/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de diciembre de 2021 – Inditex/EUIPO – Ffauf Italia (ZARA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ZARA – Marcas internacional denominativa anterior LE DELIZIE ZARA y nacional figurativa anterior ZARA – Prueba del uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.
181. Asunto T-662/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de diciembre de 2021 – Muratbey Gida/EUIPO – M. J. Dairies (Queso triple helicoidal) [«Dibujos y modelos comunitarios – Procedimiento de anulación – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un queso triple helicoidal – Dibujo o modelo internacional anterior – Motivo de nulidad – Carácter singular – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Impresión general distinta – Artículo 6 del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.
182. Asunto T-700/20: Sentencia del Tribunal General de 1 de diciembre de 2021 – Schmid/EUIPO – Landeskammer für Landund Forst-

- wirtschaft in Steiermark (Steirisches Kürbiskernöl g.g. A) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Steirisches Kürbiskernöl g.g. A GESCHÜTZTE GEOGRAFISCHE ANGABE – Motivo de denegación absoluto – Marca que contiene insignias, emblemas o escudos – Emblema de uno de los ámbitos de acción de la Unión – Indicaciones geográficas protegidas – Artículo 7, apartado 1, letra i), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra i), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.
183. Asunto T-84/21: Sentencia del Tribunal General de 1 de diciembre de 2021 – Jieyang Defa Industry/EUIPO – Mattel (Cabeza de muñeca) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de anulación – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una cabeza de muñeca – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002]», DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.
184. Asunto C-654/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 28 de octubre de 2021 – LM/KP, DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.
185. Asunto T-556/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de diciembre de 2021 – Chipre/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GRILLOUMI – Marcas de certificación nacionales denominativas anteriores ΧΑΛΛΟΥΜΙ HALLOUMI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 73, de 14 de febrero de 2022.
186. Asunto T-593/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de diciembre de 2021 – Chipre/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI BURGER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GRILLOUMI BURGER – Marcas de certificación nacionales denominativas anteriores ΧΑΛΛΟΥΜΙ HALLOUMI – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 73, de 14 de febrero de 2022.
187. Asunto T-595/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de diciembre de 2021 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI BURGER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión GRILLOUMI BURGER – Marca colectiva denominativa anterior de la Unión

HALLOUMI – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 73, de 14 de febrero de 2022.

188. **Asunto T-294/20: Sentencia del Tribunal General de 8 de diciembre de 2021 – Talleres de Escoriaza/EUIPO – Salto Systems (KAAS KEYS AS A SERVICE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión KAAS KEYS AS A SERVICE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Signos o indicaciones que se han convertido en habituales – Artículo 7, apartado 1, letra d), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra d), del Reglamento 2017/1001] – Obligación de motivación – Derecho a ser oído – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 73, de 14 de febrero de 2022.**
189. **Asunto T-69/21: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2021 – Rotondaro/EUIPO – Pollini (COLLINI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión COLLINI – Marcas denominativas anteriores nacional y de la Unión POLLINI y STUDIO POLLINI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 73, de 14 de febrero de 2022.**
190. **Asunto C-684/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 12 de noviembre de 2021 – Papierfabrik Doetinchem B. V. / Sprick GmbH Bielefelder Papierund Wellpappenwerk & Co., DOUE, C, núm. 84, de 21 de febrero de 2022.**
191. **Asunto T-188/21: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2021 – Lück/EUIPO – R. H. Investment (MALLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión MALLE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter inoperante del motivo único]», DOUE, C, núm. 84, de 21 de febrero de 2022.**
192. **Asunto T-870/19: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Worldwide Spirits Supply/EUIPO – Melfinco (CLEOPATRA QUEEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión CLEOPATRA QUEEN – Marca nacional denominativa anterior CLEOPATRA MELFINCO**

- Artículos 15 y 57 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 18 y 64 del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Declaración de nulidad», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
193. Asunto T-6/20: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Dr. Spiller/EUIPO – Rausch (Alpenrausch Dr. Spiller) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Alpenrausch Dr. Spiller – Marca denominativa anterior de la Unión RAUSCH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
194. Asunto T-369/20: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – EFFAS/EUIPO – CFA Institute (CEFA Certified European Financial Analyst) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CEFA Certified European Financial Analyst – Marca denominativa anterior de la Unión CFA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
195. Asunto T-549/20: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Magic Box Int. Toys/EUIPO – KMA Concepts (SUPERZINGS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SUPERZINGS – Marca internacional figurativa anterior ZiNG – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
196. Asunto T-598/20: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Skechers USA/EUIPO (ARCH FIT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ARCH FIT – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
197. Asunto T-699/20: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Fashion Energy/EUIPO – Retail Royalty (1st. AMERICAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión 1st AMERICAN – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un águila u otra ave de presa – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos desde el punto de vista fonético – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del

Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 72, apartado 6, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.

198. **Asunto T-159/21: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Bustos/EUIPO – Bicicletas Monty (motwi) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión motwi – Marca nacional denominativa anterior MONTY – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.**
199. **Asunto T-194/21: Sentencia del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Fidia farmaceutici/EUIPO – Stelis Biopharma (HYALOSTEL ONE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea de una marca figurativa – Marca figurativa HYALOSTEL ONE – Marcas denominativa anterior de la Unión HYALISTIL y figurativa anterior de la Unión HyalOne – Marca internacional denominativa anterior HYALO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.**
200. **Asunto T-682/20: Auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2021 – Legero Schuhfabrik/EUIPO – Rieker Schuh (Calzado) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un zapato – Dibujos o modelos nacionales y comunitarios anteriores producidos tras la presentación de la solicitud de declaración de nulidad – Artículo 28, apartado 1, letra b), inciso v), del Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Motivos de nulidad – Inexistencia de novedad – Falta de carácter singular – Grado de libertad del autor – Falta de impresión general diferente – Artículos 5 y 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno», DOUE, C, núm. 109, de 7 de marzo de 2022.**
201. **Asunto T-683/20: Auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2021 – Legero Schuhfabrik/EUIPO – Rieker Schuh (Calzado) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un zapato – Dibujos o modelos nacionales y comunitario anteriores presentados antes de presentar la demanda de declaración de nulidad – Artículo 28, apartado 1, letras b) y v), del Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Causas de nulidad – Inexistencia de novedad – Falta de carácter singular – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 5, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno», DOUE, C, núm. 109, de 7 de marzo de 2022.**

202. Asunto T-684/20: Auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2021 – Legero Schuhfabrik/EUIPO – Rieker Schuh (Calzado) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un zapato – Dibujos o modelos nacionales y comunitario anteriores presentados antes de presentar la demanda de declaración de nulidad – Artículo 28, apartado 1, letras b) y v), del Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Causas de nulidad – Inexistencia de novedad – Falta de carácter singular – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 5, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 109, de 7 de marzo de 2022.
203. Asunto C-832/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 27 de diciembre de 2021 – Beverage City & Lifestyle GmbH y otros / Advance Magazine Publishers, Inc., DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
204. Asunto T-325/20: Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2022 – Unger Marketing International/EUIPO – Orben Wasseraufbereitung (Purificadores de agua) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo que representa un purificador de agua – Motivo de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de la apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002 – Declaración de nulidad»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
205. Asunto T-366/20: Sentencia del Tribunal General de 12 de enero de 2022 – 1031023 B. C./EUIPO – Bodegas San Valero (Representación de un círculo trazado con una brocha) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un círculo trazado con una brocha – Marca nacional figurativa anterior ORIGIUM 1944 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
206. Asunto T-483/20: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2022 – Tecnica Group/EUIPO – Zeitneu (Forma de una bota) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de una bota – Declaración de nulidad parcial – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Resoluciones de los tribunales de marcas de la Unión Europea que se pronuncian sobre una acción declarativa de la ausencia de violación – Fuerza de cosa juzgada»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.

207. Asunto T-76/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2022 – Masterbuilders, Heiermann, Schmidtman/EUIPO – Cirillo (POMODORO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión POMODORO – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Escrito de motivación del recurso – Plazo de presentación – Artículo 58, apartado 3, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Hechos invocados o pruebas aportadas por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 27, apartado 4, del Reglamento Delegado 2018/625 – Prueba del uso efectivo»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
208. Asunto T-99/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2022 – Construcciones Electromecánicas Sabero/EUIPO – Magdalenas de las Heras (Heras Bareche) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Heras Bareche – Marca figurativa anterior de la Unión MAGDALENAS DeLasHeras – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
209. Asunto T-160/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de enero de 2022 – Laboratorios Ern/EUIPO – Malpricht (APIRETAL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa APIRETAL – Declaración de caducidad – Falta de uso efectivo – Ausencia de causas justificativas para la falta de uso – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
210. Asunto T-259/21: Sentencia del Tribunal General de 12 de enero de 2022 – Neolith Distribution/EUIPO (Representación de un patrón ornamental) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión de patrón – Representación de un patrón ornamental – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
211. Asunto T-270/21: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2022 – Estética Group Iwona Michalak/EUIPO (PURE BEAUTY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión PURE BEAUTY – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
212. Asunto T-300/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2022 – CNH Industrial/EUIPO (SOILXPLORER) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SOILXPLORER – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.

213. Asunto T-301/21: Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2022 – CNH Industrial/EUIPO (CROXPLOER) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión CROXPLOER – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.
214. Asunto T-571/20: Auto del Tribunal General de 21 de diciembre de 2021 – Luna Italia/EUIPO – Luna (LUNA SPLENDIDA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión LUNA SPLENDIDA – Marca figurativa anterior de la Unión Luna – Motivo de denegación relativo – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

215. Asunto C-426/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 13 de julio de 2021 – Ocilion IPTV Technologies GmbH / Seven. One Entertainment Group GmbH y Puls 4 TV GmbH & Co. KG, DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
216. Asunto C-13/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de octubre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d’appel de Bruxelles – Bélgica) – Top System SA / État belge (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Protección jurídica de los programas de ordenador – Directiva 91/250/CEE – Artículo 5 – Excepciones a los actos sujetos a restricciones – Actos necesarios para permitir al adquirente legítimo corregir errores – Concepto – Artículo 6 – Descompilación – Requisitos), DOUE, C, núm. 490, de 6 de diciembre de 2021.
217. Asunto C-628/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 11 de octubre de 2021 – TB, DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
218. Asunto C-10/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma (Italia) el 5 de enero de 2022 – Liberi editori e autori (LEA) / Jamendo SA, DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.

Protección de Datos

219. Asunto C-446/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 20 de julio de 2021 – Maximilian Schrems / Facebook Ireland Ltd, DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.

220. Asunto C-481/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Alemania) el 4 de agosto de 2021 – TX / Bundesrepublik Deutschland, DOUE, C, núm. 422, de 18 de octubre de 2021.
221. Asunto C-487/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania) el 9 de agosto de 2021 – F. F., DOUE, C, núm. 431, de 25 de octubre de 2021.
222. Asunto T-528/20: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2021 – Kočner/Europol [«Responsabilidad extracontractual – Dictámenes elaborados por Europol a efectos de un procedimiento penal nacional – Supuesta divulgación no autorizada de datos – Reglamento (UE) 2016/794 – Artículo 50, apartado 1 – Perjuicio moral – Relación de causalidad»], DOUE, C, num. 471, de 22 de noviembre de 2021.
223. Asunto C-579/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Itä-Suomen hallinto-oikeus (Finlandia) el 22 de septiembre de 2021 – J. M., DOUE, C, núm. 481, de 29 de noviembre de 2021.
224. Asunto C-552/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Alemania) el 7 de septiembre de 2021 – FT / Land Hessen, DOUE, C, núm. 2 de 3 de enero de 2022.
225. Asunto C-634/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Alemania) el 15 de octubre de 2021 – OQ / Land Hessen, DOUE, C, núm. 37, de 24 de enero de 2022.
226. Asunto C-102/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de noviembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH / eprimo GmbH (Procedimiento prejudicial – Directiva 2002/58/CE – Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas – Artículo 2, párrafo segundo, letra h) – Concepto de «correo electrónico» – Artículo 13, apartado 1 – Concepto de «utilización del correo electrónico con fines de venta directa» – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Anexo I, punto 26 – Concepto de «proposiciones no solicitadas y persistentes por correo electrónico» – Mensajes publicitarios – Inbox advertising), DOUE, C, núm. 51, de 31 de enero de 2022.
227. Asunto C-687/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hagen (Alemania) el 16 de noviembre de 2021 – BL / Saturn Electro-Handelsgesellschaft mbH Hagen, DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.
228. Asunto C-683/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos administracinis teismas (Lituania) el 12 de noviembre de 2021 – Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos / Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija, DOUE, C, núm. 84, de 21 de febrero de 2022.

229. Asunto C-667/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania) el 8 de noviembre de 2021 – ZQ / Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein, Körperschaft des öffentlichen Rechts, DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.
230. Asunto C-548/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesverwaltungsgericht Tirol (Austria) el 6 de septiembre de 2021 – C. G. / Bezirkshauptmannschaft Landeck, DOUE, C, núm. 109, de 7 de marzo de 2022.
231. Asunto C-741/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken (Alemania) el 1 de diciembre de 2021 – GP / juris GmbH, DOUE, C, núm. 119, de 14 de marzo de 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

232. Asunto T-384/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2021 – Parlamento/Axa Assurances Luxembourg y otros («Cláusula compromisoria – Contrato de seguro «de todo riesgo para la construcción» – Ampliación y nivelación del edificio Konrad Adenauer de Luxemburgo – Daños causados por lluvias – Pretensión de reembolso de gastos e indemnización – Ambito de aplicación del seguro – Cláusula de exclusión – Obligaciones accesorias de procedimiento – Procedimiento seguido en parte en rebeldía»), DOUE, C, núm. 471, de 22 de noviembre de 2021.
233. Asunto C-577/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski gradski sad (Bulgaria) el 20 de septiembre de 2021 – LM y NO/HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG, DOUE, C, núm. 513, de 20 de diciembre de 2021.
234. Asunto C-375/20: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 13 de octubre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Coimbra – Portugal) – Liberty Seguros, Companhia de Seguros y Reaseguros, SA – Sucursal em Portugal, anteriormente Liberty Seguros SA / DR (Petición de decisión prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Contrato de seguro celebrado sobre la base de declaraciones falsas – Transporte internacional de personas y mercancías sin autorización – Nulidad del contrato de seguro – Oponibilidad a los terceros perjudicados y al organismo encargado de indemnizar a las víctimas), DOUE, C, núm. 64, de 7 de febrero de 2022.
235. Asunto C-428/20: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de diciembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny w Warszawie – Polonia) – A. K. / Skarb Państwa (Procedimiento prejudicial – Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 84/5/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Direc-

tiva 2005/14/CE – Directiva 2009/103/CE – Artículo 9, apartado 1 – Obligación de incrementar los importes mínimos de cobertura del seguro obligatorio – Período transitorio – Aplicación inmediata de una norma nueva a los efectos futuros de una situación nacida bajo la vigencia de la norma anterior – Situación consolidada con anterioridad a la entrada en vigor de una norma de Derecho sustantivo de la Unión – Normativa nacional que excluye los contratos de seguro concluidos antes del 11 de diciembre de 2009 de la obligación de incrementar los importes mínimos de cobertura del seguro obligatorio), DOUE, C, núm. 84, de 21 de febrero de 2022.

236. Asunto C-685/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 15 de noviembre de 2021 – YV / Stadtverkehr Lindau (B) GmbH, DOUE, C, núm. 84, de 21 de febrero de 2022.

237. Asunto C-618/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (Polonia) el 30 de septiembre de 2021 – AR y otros / PK SA y otros, DOUE, C, núm. 95, de 28 de febrero de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

LOHSSE, Sebastian/SCHULZE, Reiner/STAUDENMAYER, Dirck (eds.): *Data as counter-performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, Hart-Nomos, Baden-Baden, 2020. 284 pp.¹

Los «Münster Colloquia» celebrados en la Universidad alemana anualmente desde 2015 tienen como propósito abordar los retos a los que se enfrenta la legislación de la UE como consecuencia de la transición a la economía digital. Constituyen un foro para debatir los conceptos e instrumentos necesarios para responder a las cuestiones jurídicas puestas de manifiesto, por ejemplo, por la economía de los datos o la inteligencia artificial. Estos encuentros han conseguido congregarse a reconocidos especialistas y tratar, desde un enfoque iusprivatista, los principales retos de adaptación del derecho privado al entorno digital. Los trabajos y conclusiones se han plasmado desde su inicio en obras colectivas anuales, de indudable valor para los juristas de derecho privado, que nos ofrecen una visión de los problemas más actuales en este ámbito enfrentado a las necesidades que plantea el entorno digital, llegando a tener un valor predictivo de aquello que va a ser objeto de discusión, debate y regulación en el futuro cercano en el derecho privado en la UE.

El libro que ahora se recensiona recoge el fruto de los V «Coloquios» citados. Es resultado del trabajo conjunto de distintos juristas del entorno europeo, coordinados por los profesores Lohsse, Schulze y Staudenmayer. Las diversas aportaciones recogidas en la obra reflejan el debate doctrinal sobre las cuestiones que plantea la consideración como contraprestación contractual de los datos, partiendo de la realidad, tal como declara el prólogo, de que su impacto en la economía y en la práctica contractual será uno de los aspectos centrales en el desarrollo del derecho contractual y la protección del consumidor en la era digital.

Así, la introducción, escrita por los coordinadores, nos ofrece una lúcida visión de los desafíos a los que se enfrenta la adaptación de las normas de derecho contractual como consecuencia de la digitalización. A la vista de la

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

¹ La presente recensión se enmarca en el proyecto de investigación «El Derecho de contratos en el entorno digital», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (ref. PGC2018-098206-B-I00).

regulación contenida en la Directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y de servicios digitales (DCD) que iguala datos y precio en dinero como compensación a cambio de contenidos y servicios digitales, se pone de manifiesto que esta norma es parte de un cambio legislativo más amplio necesario para adaptar el derecho contractual a las novedades del mundo digital. Y es que los cambios producidos por la digitalización se refieren a la irrupción de los datos como objeto del contrato en el suministro de contenidos y servicios digitales y en la contratación entre empresas, y también afecta a otros conceptos que están cambiando en la transición a la economía digital, como la conclusión y contenido del contrato fijado a través de inteligencia artificial, o los smart contracts en los que interviene tecnología blockchain.

La respuesta normativa de la UE en relación a la contratación a cambio de datos personales refleja una convicción social que se ha ido generalizando rápidamente desde la aparición en el mercado de los contenidos y servicios digitales, que han tenido un rápido crecimiento que previsiblemente aumentará; los datos se perciben como una mercancía objeto de comercio. Los consumidores asumen cada vez más que están pagando con datos los contenidos y servicios que se les ofrecen «gratis» en el entorno digital. En consecuencia, los datos personales se presentan como elemento con un valor patrimonial propio pero notoriamente distinto de otros bienes patrimoniales; esta circunstancia suscita el debate sobre la admisibilidad y, sobre todo, los límites de su configuración como contraprestación (de ahí que la Directiva eluda el término «contraprestación» o «counter-performance» en línea con las recomendaciones hechas por el Supervisor Europeo de Protección de datos). Directamente encadenado a lo anterior, se plantea la coordinación y coherencia con el régimen legal de la protección de datos integrado en el Reglamento UE de Protección de Datos Personales 2016/679. Aspecto especialmente conflictivo en el que cabe destacar la difícil armonización entre la regulación del desistimiento del contrato de suministro y la disciplina de la libre revocación del consentimiento relativo al uso de datos personales.

Más allá de una consideración dogmática sobre la calificación como contraprestación de los datos personales en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, los trabajos que integran la obra optan por una perspectiva pragmática, fijando su atención en problemas específicos considerando el equilibrio de los intereses en juego y dejando a un lado la excesiva preocupación por las categorías. La propia DCD sigue este enfoque, se limita a incluir en su ámbito de aplicación los supuestos en los que el usuario recibe el contenido o servicio digital a cambio de datos, a efectos de aplicar el régimen contractual de protección del consumidor que establece. Sigue de este modo la senda marcada por el legislador europeo en el camino de la regulación de los contratos sobre contenidos digitales, cuya preocupación esencial ha sido proporcionar un marco jurídico seguro para los consumidores que garantice el acceso de estos a remedios contractuales por falta de conformidad, a la vez que delimita el propio concepto de contenido digital, que se ve afectado por los cambios tecnológicos, todo ello en aras de la consecución de un mercado digital uniforme y ágil, trascendiendo la tipificación contractual y reconociendo al usuario el recurso a un régimen contractual (en torno al criterio de «conformidad» ya conocido en derecho de la Unión Europea) en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, partiendo de un concepto amplio tanto de éste objeto, como de la contraprestación. Con todo, aunque la igualdad entre datos y precio en dinero que establece la DCD

lo sea solo a los efectos de su ámbito de aplicación, constituye una previsión cuyas consecuencias jurídicas se deben analizar de modo amplio, desde el derecho contractual general y a la vista de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembro de la UE; sin olvidar que tratándose de datos personales, el análisis de las relaciones entre las normas contractuales y las relativas a la protección de datos personales es imprescindible. Los dos aspectos señalados son los que sirven de criterio para diferenciar las dos partes en las que se divide la obra.

La primera parte, naturaleza jurídica y valor económico de los datos en la relación contractual, sobre las cuestiones más relevantes que suscita la aplicación de las normas de derecho contractual a los contratos en los que el usuario suministra datos personales a cambio de contenidos y servicios digitales, agrupa los trabajos de Metzger, Hacker, Van Erp y Janeček y Malgieri.

Desde la perspectiva de derecho contractual, se resalta que si efectivamente los datos personales son contraprestación, y los contenidos y servicios digitales constituyen la prestación, estamos ante un contrato sinalagmático o recíproco, con las consecuencias que ello tiene en relación a las normas aplicables, sobre todo en caso de incumplimiento o cumplimiento no conforme. Pero con carácter previo, la cuestión que se suscita se refiere a la conclusión y validez del contrato. En relación a ello, la Directiva no da una respuesta sobre cuando existe realmente un contrato en los casos en los que el consumidor paga con datos, sino que remite a las legislaciones de cada Estado (Considerando 12 de la DCD). Una de las cuestiones que tendrán que resolver se refiere a la determinación de la existencia de oferta y aceptación contractuales, ya que a este respecto si bien es fácil asumir que desde el punto de vista del comportamiento el uso del servicio o contenido supone aceptación tácita por el usuario, no es tan fácil interpretar que tal actuación es conscientemente contractual, pues en muchas ocasiones el usuario no tiene la intención consciente de celebrar un contrato. Junto a ello, la cuestión del consentimiento de los menores tampoco tiene una respuesta en la DCD y, de nuevo, serán las legislaciones nacionales las que tengan que resolverlo. Lo mismo ocurre en relación a los límites del consentimiento para el tratamiento de datos por el proveedor; por ejemplo, si tal consentimiento se extiende automáticamente a la creación de perfiles y, en su caso, con que límites.

En cuanto al contenido del contrato, la DCD se limita a establecer los derechos del consumidor que contrata contenidos o servicios digitales, ya sea a cambio de dinero o de datos personales, pero el enfoque protector del consumidor deja sin respuesta legislativa cuales son los derechos del proveedor, en especial la posibilidad de exigir la compensación en forma de datos personales y como operan en tal caso las normas de protección de datos personales. Como señala Metzger, el modelo de mercado reconocido por la DCD impone a las legislaciones europeas el establecimiento de un «mercado de datos» eficiente, y para ello resulta esencial garantizar la competencia y la diversidad de la oferta por diferentes proveedores, así como consumidores bien informados y la reducción de los costes de transacción, grandes retos que se deberán ir consiguiendo, entre otras medidas, con el desarrollo de un derecho contractual que se adapte a tales necesidades. En este contexto, el derecho contractual ha de asumir un papel protector del consumidor, sobre todo teniendo en cuenta la situación del contratante que consiente el tratamiento de sus datos y que, como pone de relieve Hacker, se encuentra en una situación de debilidad debido a las dificultades para evaluar económicamente los datos y comparar ofertas. Por ello, según propone el autor, el régimen

contractual previsto en la DCD se aplicará también en los casos en los que se haya contratado el contenido o servicio digital a cambio de datos personales y el tratamiento sea ilícito conforme a las normas de protección de datos personales, para permitir que el consumidor acceda a los remedios por incumplimiento. A lo que se debe añadir la aplicación de la directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que aunque, como sabemos, no se aplica al control del precio, se debería aplicar al supuesto en que la contraprestación son datos personales, sobre todo porque tampoco es suficiente la protección que podría otorgar al consumidor la disciplina de la transparencia, ya que el usuario realmente no conoce los términos y condiciones del contrato y, sobre todo, no existe la opción para el consumidor de contratar bien a cambio de datos, bien a cambio de un precio en dinero, lo que sería deseable para crear un mercado eficiente. El establecimiento legal de un derecho del usuario a recibir los contenidos y servicios digitales sin contraprestación en datos (data free option) podría ser una medida adecuada para conseguir el deseado equilibrio entre partes y, por extensión, el equilibrio de mercado, pero sobre todo, garantizaría una alternativa plenamente respetuosa con la privacidad de los usuarios que la demandan.

La naturaleza y contenido del derecho del titular sobre los datos personales es otro de los temas objeto de estudio en esta obra. En concreto, Van Erp plantea si se puede calificar como un derecho de propiedad. Lo cierto es que la categoría tradicional de la propiedad y las normas que regulan su transmisión están pensadas para una realidad física, pero los datos son diferentes a los objetos materiales, en especial por la posibilidad de uso no excluyente. Así pues, el principal obstáculo para calificar el derecho del titular sobre los datos como derecho de propiedad es que no se puede concebir como un derecho exclusivo, ya que el consentimiento para tratar datos no excluye su uso por el titular, ni impide la autorización a otros sujetos. A pesar de ello, el autor llama la atención sobre la existencia de diversos tipos de «propiedad» adaptada a los distintos objetos (objetos materiales, bienes inmateriales, o creaciones intelectuales) y considera que, realmente, la propiedad sobre los datos se debe entender como control sobre los datos, que se ha de concretar en los derechos de acceso, portabilidad y cancelación. Como aportación a este debate, Janecek y Malgieri defienden, teniendo en cuenta que una de las dificultades que la doctrina señala para el reconocimiento de un derecho de carácter patrimonial del titular sobre los datos personales es el carácter indisponible de éstos, lo que denominan una «limitada alienabilidad dinámica» (dynamically limited alienability rule) en virtud de la cual los datos no se pueden considerar en si mismos transmisibles o intransmisibles, sino que deben considerarse intransmisibles cuando llevan consigo valores e intereses que se verían lesionados por la transmisión. Considerar los datos res extra comercio debe entenderse desde un punto de vista dinámico y no absoluto, teniendo en cuenta que la finalidad que persigue tal regla es proteger determinados valores.

En la segunda parte del libro los trabajos de Schmidt-Kessel, Sénéchal, Cámara, Wendehorst, Sattler y Fries se centran en la relación entre la regulación contractual y la aplicación de las normas de protección de datos. La regulación contractual de los datos como contraprestación coexiste y se complementa con las normas de protección de datos personales. Esto se refleja en la remisión expresa que la Directiva hace a las normas del RGPD, tanto la mención genérica a la prevalencia de tales normas, como la remisión específica al régimen previsto en el RGPD para las consecuencias de la resolución

del contrato cuando se trata de datos personales. Por otro lado, se vincula directamente la protección de datos personales con las normas contractuales, al establecerse que el incumplimiento de las normas de protección de datos previstas en el RGPD constituye un supuesto de falta de conformidad, lo que permite al consumidor acudir a los remedios previstos en la Directiva. Con todo, la necesaria coexistencia de ambos ámbitos normativos deja interrogantes, en especial, cómo se ha de compatibilizar la libre revocación del consentimiento conforme a las normas de protección de datos y la existencia de un contrato sinalagmático sometido a las reglas de la Directiva. En relación a ello Schmidt Kessel analiza los efectos que la revocación del consentimiento por el titular de los datos tiene en la relación contractual, partiendo de que el derecho reconocido en el artículo 7 del RGPD refleja el principio fundamental de la protección de datos personales, que se basa en la libertad del sujeto para consentir el tratamiento de datos personales. La primera conclusión a la que llega es que se trata de un principio de orden público, por tanto no disponible para las partes, lo que conlleva la nulidad del pacto contractual que limite o excluya la posibilidad de revocación. Las consecuencias para la relación contractual pueden ser diversas; es posible sustituir la relación contractual por otra de diferente contenido en la que se modifica la contraprestación, ofreciendo otra alternativa para consentir (por ejemplo un pago extra, o la pérdida de una rebaja o promoción inicial) que respete la revocación del consentimiento para tratar datos personales. En otro caso, la revocación del consentimiento supone el fin del contrato. La DCD no establece reglas que disciplinen las consecuencias, y tampoco las encontramos en el RGPD, es una cuestión que se deja a las legislaciones internas que podrían establecer una disciplina específica o reglas añadidas a las generales, y en tal caso, deberían tener en cuenta si el contenido o servicio suministrado a cambio del tratamiento de datos personales es de cumplimiento único o continuado en el tiempo.

Sénéchal y Cámara abordan en sus respectivas aportaciones las relaciones entre normas de protección de datos y normas contractuales en la resolución del contrato. Como describe la primera de los autores citados, las normas contractuales que regulan el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales y las normas de protección de datos personales constituyen ámbitos normativos distintos con una justificación y finalidad diferenciada (de un lado la protección del consumidor, para garantizar un mercado eficiente y competitivo, y de otro lado la garantía del derecho fundamental sobre los datos personales como manifestación de la personalidad del sujeto). Sin embargo, la DCD ha puesto de relieve la interrelación entre tales normas. La regulación de las consecuencias de la resolución del contrato es buena prueba de ello; en el caso en que el consumidor haya pagado con dinero el contenido o servicio digital, las consecuencias previstas para la resolución contractual siguen la lógica contractual, lo que supone, básicamente, cese de la relación y restitución recíproca de prestaciones por las partes. Si el consumidor ha permitido el tratamiento de datos personales, las consecuencias previstas entremezclan los dos regímenes normativos, el artículo 16.2 DCD remite al RGPD (el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento 2016/679) mientras que el artículo 17, siguiendo la lógica contractual, prevé el cese de uso del contenido o servicio, prohibición de hacerlo accesible a terceros y la devolución de los medios materiales que servían para hacerlo accesible, si los había. La justificación la encontramos, señala la autora, en los distintos objetivos per-

seguidos por las normas contractuales y las de protección de datos personales. Por su parte Cámara Lapuente incide en los efectos restitutorios de la resolución y las cuestiones pendientes que deja la Directiva, a las que habrán de responder las legislaciones nacionales. Por un lado, el autor señala que para delimitar a que supuestos cabría extender los derechos de recuperación de datos por el usuario y de impedir su uso por el proveedor es preciso tomar en consideración las muy distintas casusas por las que se produce la resolución contractual. De otro lado, analiza los derechos en juego en caso de resolución y las consecuencias de la misma tanto para los datos personales como no personales a la vista tanto del régimen contractual de la Directiva, como de las normas de protección de datos personales. Como conclusiones, el autor señala que la Directiva 2019/770 no contempla ni impide la posibilidad de extender los nuevos derechos (abstención de uso y recuperación) a otras causas de extinción del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, distintas de la resolución; los Estados Miembros en la transposición deberían plantearse esa opción y nada veda que tomen el modelo del RGPD, más proteccionista, en lugar del de la Directiva para los contenidos no personales. Aunque no es aparente en el articulado de la Directiva, el derecho de recuperación durante la relación contractual, antes de operarse una resolución, podría quedar cubierto por las expectativas legítimas del consumidor ex art. 8.1.b DCD. El balance general que resulta de las facultades, excepciones y objeto sobre el que recaen los dos nuevos derechos de la Directiva en caso de resolución muestra un contenido prácticamente vacío, dado que además la Directiva tampoco se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor fueran tratados exclusivamente por el empresario para suministrar los contenidos o servicios digitales o para cumplir requisitos legales (art. 3.1). No obstante, debido al carácter expansivo del concepto de «dato personal» y a la remisión expresa de la Directiva (art. 16.2) al RGPD, el usuario puede encontrar en los derechos de supresión u olvido y portabilidad del Reglamento una herramienta de protección de sus intereses más eficaz que los recién estrenados derechos de una Directiva, por lo demás, pionera en la defensa contractual de los usuarios digitales

La compleja interconexión entre las normas de protección de datos y la regulación contractual, debida a la especial naturaleza de los datos personales y su protección como derecho fundamental, también es puesta de manifiesto por Wendehorst, que enfatiza el hecho de que los recelos sobre la consideración patrimonial de los datos personales (un derecho fundamental no puede ser objeto de transacción comercial) pueden llevar a una paradójica situación de desprotección del titular de los mismos. La propuesta de esta autora para hacer frente a los diversos riesgos para el usuario que dejan sin solución las normas del RGPD y el régimen contractual, pasa por la posibilidad de llevar a cabo la adaptación de diversas normas a la realidad de la explotación patrimonial de los datos. Por un lado, establecer mayores requisitos de consentimiento en el RGPD (el consentimiento libre e informado no es una realidad en la mayoría de los casos); por otro lado, las legislaciones internas podrían establecer un control de las cláusulas predispuestas sobre las que se consiente. La exigencia de requisitos de seguridad de los productos digitales, la revisión de las reglas sobre responsabilidad por productos defectuosos, y la adaptación las normas de responsabilidad de las legislaciones internas serían también elementos normativos necesarios para la consecución del fin deseado, el funcionamiento de una economía de los datos que respete

los derechos del usuario. También Sattler reflexiona sobre la doble naturaleza de los datos personales, objeto de un derecho fundamental y objeto de explotación económica. Una interpretación amplia del artículo 6 del RGPD (consentimiento) junto a una interpretación estricta del artículo 7 (libre revocación del consentimiento) permitirá, como señala el autor, la necesaria sincronización entre la regulación patrimonial y las normas de protección de datos.

El último de los trabajos que componen el volumen se dedica a los datos como contraprestación en los contratos entre empresarios (B2B). La DCD limita su ámbito de aplicación a los contratos con consumidores, lo que Sattler encuentra adecuado, ya que la necesidad de protección no parece la misma en la contratación entre empresas, sobre todo porque rara vez en este ámbito el consentimiento no será conscientemente contractual. Ello no obsta para demandar una estricta aplicación de las sanciones establecidas en el RGPD en los casos de tratamiento ilícito de los datos, especialmente para las grandes plataformas de comercio online.

Podemos concluir que los trabajos contenidos en este volumen consiguen el resultado pretendido, tal como declara el prólogo, estimular la discusión sobre la materia y contribuir al desarrollo de un derecho privado moderno. Las diversas aportaciones contenidas en la obra analizan las cuestiones jurídicas planteadas por la realidad innegable del tráfico jurídico de los datos personales, su consideración como contraprestación contractual y la interacción de las normas contractuales con las de protección de datos personales, ofreciendo soluciones de interpretación y sugerencias de regulación que habrán de contribuir a la necesaria adaptación de las normas contractuales y de protección del consumidor al entorno digital.

Ya se han anunciado los Coloquios de este año, y esperemos seguir contando en el futuro con este foro de discusión y con las obras en las que se plasman los debates y trabajos, imprescindibles para seguir la evolución del derecho contractual europeo.

M.^a Carmen PLANA ARNALDOS
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Murcia

VERDERA SERVER, Rafael: *Aspectos registrales de las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2021, 325 pp.

El libro objeto de esta reseña tiene un origen un tanto circunstancial, al que hace referencia su autor en la nota preliminar. Rafael Verdura tenía el encargo de redactar la lección sobre los aspectos registrales de las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias en el extenso Tratado de Derecho Inmobiliario Registral que, dirigido por Manuel Espejo y Sebastián del Rey, se publicó recientemente. El autor comenzó a cumplir el encargo con la calidad técnica a que nos tiene acostumbrado en su, por demás, amplia producción científica. Pero pronto se encontró que el tema se escapaba mucho más allá de las habituales limitaciones de espacio necesarias para homogeneizar este tipo de obras colectivas, de forma que optó por la solución que ha dado lugar al libro aquí reseñado: enviar una versión reducida como capítulo

del mencionado Tratado; y continuar la redacción de una versión más ampliada que ha acabado viendo la luz en la editorial del Colegio de Registradores y que es objeto de esta reseña.

La interacción entre la rescisión, la revocación y la resolución y el Registro de la propiedad es objeto de tratamiento en el artículo 37 de la Ley hipotecaria. En consecuencia, Verdura articula su libro como un análisis de este precepto, en torno al cual introduce muchas otras cuestiones sustantivas relacionadas con la materia. Hay que tener en cuenta que si la rescisión, la revocación y la resolución son figuras de gran complejidad técnica, su eficacia frente a terceros en función de la publicidad y protección que a cada parte pueda suministrar el Registro exige de muchas matizaciones que a veces no quedan explicitadas en el texto legal. El autor consigue dar una respuesta razonada y altamente razonable a todos los problemas que la cuestión presenta. Y además lo hace, y ese es a mi juicio una de las virtudes del libro, en coherencia con el resto del sistema civil e hipotecario: el artículo 37 se presenta como un cierto corolario del 34 y del resto de manifestaciones del principio de fe pública, y el autor prefiere salvar posibles contradicciones valorativas que ahondar en disfunciones que puedan cortocircuitar el sistema.

El libro comienza haciendo una cierta presentación de los problemas, poniendo de manifiesto cómo, de modo un tanto inadvertido, el artículo 37 de la Ley hipotecaria unifica una diversidad de cuestiones que no siempre son homogéneas. Si la rescisión, resolución y revocación son figuras, de un modo u otro, tendentes a privar de eficacia a la transmisión comercial operada, la eficacia del retracto legal, del que trata el párrafo segundo del mencionado artículo, se dirige más bien a subrogar al que lo ejerce en la posición del adquirente. Y si en los casos generales de resolución, rescisión y revocación la posible eficacia frente a tercero vendrá provocada por la constancia registral, en el caso de los retractos legales y de la rescisoria por fraude de acreedores la eficacia frente a tercero vendrá determinada por la propia publicidad legal o el disfavor con que son contempladas las adquisiciones fraudulentas o gratuitas. A partir de ahí, el libro analiza la regla que el propio texto del artículo 37 de la Ley hipotecaria fija como principio general: las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero inscrito, sosteniendo, a mi juicio acertadamente, que dicho tercero será el que reúna los conocidos cuatro requisitos que para proteger al adquirente establece el artículo 34. Se aleja con ello el autor de la tentación de un dualismo que, con apariencia ingeniosa y exceso de literalismo, sigue perseverante en su empeño de convertir nuestro Derecho registral en un conjunto asistemático de reglas contradictorias.

La parte central del libro se dedica a tratar de las excepciones establecidas en el párrafo segundo del mencionado artículo 37 a la regla de que las acciones resolutorias, rescisorias y revocatorias no se dan contra tercero inscrito. El autor va diseccionando con rigor dichas excepciones, haciendo ver, por ejemplo, que la referida a las acciones rescisorias derivadas de causas que consten en el Registro resulta redundante, pues el modo de hacerlas constar en él es la anotación preventiva, y efecto propio de ella es precisamente privar de protección al tercero que pudiese prevalerse de la protección registral. En otros puntos sus soluciones son más discutibles, por ejemplo al equiparar la eficacia del pacto de retroventa al de la resolución, cuando la naturaleza real del primero hace a mi juicio que se imponga frente a cualquier tercero que no reúna los requisitos del artículo 34. En algunos momentos quizá el autor se desliza en exceso hacia una postura en la que sólo los

terceros del artículo 34 resultan protegidos, dejando un tanto en penumbra la posición del tercero desconocedor de la causa de rescisión, resolución o revocación no inscrita (*vid.* p. 146). Pero esos puntos más parecen ser resultado de las lógicas oscuridades en que hasta el más cuidadoso expositor incurre al tratar una materia tan tremendamente técnica, donde se hace necesario una continua labor de distinción y precisión. En realidad, casi diría que sólo me siento obligado a disentir del autor cuando piensa que, en caso de rescisión de un contrato oneroso por fraude de acreedores, el artículo 1295 párrafo segundo exige la *scientia fraudis* de quien participó como adquirente en el acto fraudulento; cuando, a mi juicio, el tercero al que se refiere esa norma es un tercer adquirente ajeno al negocio objeto de rescisión. Pero hay que reconocer que su punto de vista es casi unánime en la doctrina, y que en el marco de una recensión no puedo ir más allá de hacer constar mi discrepancia con esa interpretación.

El libro se cierra con un tratamiento de las acciones personales que pueden ejercitarse *inter partes* cuando la acción rescisoria, revocatoria o resolutoria fracasa por hallarse el bien en manos de tercero, y con una extensa tabla de Sentencias y Resoluciones citadas. Todo el texto del libro se halla ampliamente anotado, sin que eso, sin embargo, dificulte su lectura.

El conjunto del libro, como he dicho, es de alto valor. Creo que hay que felicitarlo porque las circunstancias antes mencionadas hayan provocado la aparición de una monografía específica sobre una materia que, hasta la fecha y salvo error mío, no contaba con un tratamiento particularizado fuera de los comentarios legales.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

Revistas extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid), María del Rosario DÍAZ ROMERO (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Profesor titular de Derecho comparado. Universidad de Pavia [Italia]), Enrique GANDÍA PÉREZ (Profesor ayudante doctor de Derecho mercantil. Universidad Autónoma de Madrid), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Andrea MACÍA MORILLO (Profesora titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Ricardo PAZOS CASTRO (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.–II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

CHEREDNYCHENKO, O. O.: «Islands and the Ocean: Three Models of the Relationship between EU Market Regulation and National Private Law», *MLR*, 2021, vol. 84, núm. 6, pp. 1294-1329.

Para la autora, la relación entre la normativa europea y el Derecho privado nacional se manifiesta mediante tres modelos: de separación, de sustitución y de complementariedad, metaforizándolos como tres islas en el océano.

En primer lugar, se constata que las normas tradicionales del Derecho privado nacional pueden existir independientemente de la normativa europea. Este modelo de separación se enfoca en la justicia interpersonal y la equidad individual. Al persistir diversidades, este no sirve bien para la promoción del bien común o la armonización de las leyes, poniendo en peligro la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea.

El modelo de sustitución de las normas nacionales del Derecho privado puede ser de mínimo o de máximo. Este combina la justicia interpersonal con las preocupaciones públicas que están al servicio de la seguridad jurídica y permite a la UE aproximar las legislaciones nacionales de una forma significativa. Aquí, la justicia individual podría ser sacrificada en nombre de la integración del mercado europeo.

Finalmente, existe un modelo intermedio, que permite que la normativa comunitaria complemente la nacional y logre una armonización inferior al primer modelo, aunque equilibra las consideraciones políticas y la justicia interpersonal, entre la seguridad jurídica y la equidad individual.

Los modelos de sustitución y complementariedad tienen el potencial de reconciliar la racionalidad instrumentalista del Derecho privado de la Unión Europea con aquella nacional. El modelo de sustitución, sin embargo, sólo puede realizar esto potencialmente siempre que los sistemas nacionales de Derecho privado tengan cierto margen de maniobra.

La autora constata que los tres modelos pueden manifestarse dentro de un mismo sector, como por ejemplo el financiero (pago, crédito e inversión) y que los Estados miembros no son totalmente libres de elegir entre los tres modelos; en este sentido, deben diferenciarse en parte los esquemas de recepción de la normativa del Derecho público con respecto a los del Derecho privado. (A.F.)

KAMINSKI, M. E. & URBAN, J. M.: «The right to contest AI», *Colum. L. Rev.*, 2021, vol. 121, núm. 7, pp. 1957-2047.

Ya que la inteligencia artificial asume un papel cada vez más protagónico en la toma de decisiones, los autores alertan que puede plantarse una serie de aspectos problemáticos en relación con las medidas de discriminación, de precisión, de justicia y de responsabilidad. Se realiza asimismo una breve panorámica de lo que ocurre en Estados Unidos y en la Unión Europea, y se asume que es necesario que los tiempos actuales se amolden a la era tecnológica. Se sostiene que —en aras del debido proceso— no debe perderse de vista el derecho de cada individuo a contrarrestar las consecuencias de la inteligencia artificial. Por ello, se crea un marco teórico con cuatro posibles arquetipos para plantearse el tema tratado. (A.F.)

DERECHO DE LA PERSONA

ALPA, G.: «Alle origini dei diritti della personalità», *RTDPC*, 2021, núm. 3, pp. 671-698.

Análisis histórico y filosófico jurídico sobre los derechos de la personalidad y su necesidad de revisión y reforma normativa. (M.R.D.R.)

ANNALISA, G.: «L'orientamento della Giurisprudenza in materia di tutela del diritto all'immagine», *Dir.Aut.*, núm. 3-4, Luglio-Dicembre 2020, pp. 266-287.

El trabajo se centra en el tratamiento que ha dado la jurisprudencia italiana a la tutela del derecho a la imagen, dado el uso masivo que se hace de fotografías en las redes sociales. Se detiene, en primer lugar, en el encuadre normativo de este derecho. El uso de la imagen de una persona está sujeto, en principio, a su autorización. Sin embargo, el artículo analiza una serie de excepciones a esta regla: a) la notoriedad del sujeto fotografiado; b) la finalidad informativa, científica y cultural; c) el interés público del hecho fotografiado. El trabajo acaba haciendo referencia a la casuística en el ámbito de las personas jurídicas, en el ámbito de los menores de edad y en el ámbito publicitario. (S.L.M.)

ARCHAMBAULT, L.: «Traitement de données et cloud», *GP*, 2021, núm. 29, pp. 14-18.

La nube, elemento fundamental para las empresas, es un arma de doble filo desde el punto de vista de la seguridad jurídica. El autor analiza los graves riesgos que ello trae. (R.A.R.)

AZZARRI, F.: «I Diritti dei nati da gestazione per altri i limiti costituzionali dell'ordine pubblico sommario», *NLCC*, 2021, núm. 5, pp. 1153-1188.

Reflexión sobre el polémico tema de la gestación subrogada, las diversas legislaciones de Derecho comparado e internacional y los principios de orden público internacional: prevalencia de los intereses del menor y posibilidad de inscripción de los hijos nacidos por gestación subrogada. (M.R.D.R.)

BILOTTA, F.: «La discriminazione come fenomeno sistemico: una sfida per il diritto civile», *NGCC*, 2020, núm. 6, pp. 1304-1317.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289; reflexionando sobre la incidencia en el Derecho Civil de esta sentencia, que se ubicaría en realidad en el Derecho del Trabajo y en el Derecho Procesal. En aquella resolución, el Tribunal europeo declara: «1) El concepto de “condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional” contenido en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en ese concepto declaraciones efectuadas por una persona durante una emisión audiovisual según las cuales en su empresa nunca contrataría ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual, y ello aun cuando no estuviera en marcha o programado ningún proceso de selección de personal, siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético. 2) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual una asociación de abogados cuyo objeto social consiste en defender ante los tribunales a las personas que tienen, en particular, cierta orientación sexual y en promover la cultura y el respeto de los derechos de esa categoría de personas tiene automáticamente, por ese objeto y con independencia de su eventual ánimo de lucro, legitimación activa para entablar un procedimiento judicial destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha Directiva y, en su caso, obtener reparación cuando se producen hechos que pueden ser constitutivos de discriminación, en el sentido de la citada Directiva, contra esa categoría de personas y no haya una persona perjudicada identificable». (R.P.C.)

BOUCHET, M.: «Décollage pour l'utilisation des drones par les policiers et gendarmes?», *GP*, 2021, núm. 42, pp. 12-15.

El estudio analiza el nuevo proyecto de ley sobre responsabilidad penal y seguridad interior que prevé el uso de drones por policías. El problema de ese proyecto es que no propone un cuadro jurídico que respete las libertades y derechos fundamentales. (R.A.R.)

CASSANO, G.: «Manifesto per la satira e per i comici. In tema di sketch politicamente (s)corretti», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1353-1373.

El artículo analiza el derecho a la sátira, como creación del espíritu, así como los límites a tal derecho. Se trata de un tema de gran actualidad en el panorama italiano, a la luz del monólogo de dos humoristas (Pio y Amedeo) sobre lo «políticamente correcto». (A.M.M.)

CASTELLANETA, M.: «Libertà di espressione degli avvocati e tutela della reputazione dei magistrati tra fonti internazionali e diritto interno», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 119-132.

Comentario al auto del Tribunal de Turín de 28 de mayo de 2020, en el que la cuestión litigiosa se refiere al complicado equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho al honor. En este caso, el honor en juego era el de un magistrado, con respecto al cual un abogado había efectuado afirmaciones ultrajantes, ofensivas y difamatorias en el escrito de interposición de un recurso con una sentencia dictada por aquel. El auto afirma que los magistrados cuentan con una tutela reforzada en lo que respecta a su derecho al honor, en la medida en que semejante protección también tiene por objeto asegurar la confianza de la ciudadanía en la Justicia. (R.P.C.)

DREYER, E.: «L'apport de la loi confortant le respect des principes de la République au droit de la communication», *SJ*, 2021, núm. 36, pp. 1570-1573

Estudio sobre la situación personal, patrimonial y familiar de las personas mayores vulnerables. Procedimientos judiciales para proteger al mayor en materia de tutela para darle más eficacia a la decisión. El autor se queja de la falta de obligatoriedad. (R.A.R.)

FALLETTI, E.: «Fine vita e best interest of the child: i recenti orientamenti del common law britannico», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 687-695.

El trabajo engarza el principio del interés superior del menor con un asunto verdaderamente polémico, como es la interrupción del apoyo vital a personas (concretamente menores en el estudio referido) que se encuentran en estado vegetativo. El enfoque es jurisprudencial, centrado en el ámbito británico, y aparece un matiz adicional: no solo se refiere a la decisión de detener el apoyo vital, sino también a la posibilidad de trasladar al menor a otro centro hospitalario que se muestra dispuesto a intentar la curación del paciente, pese a las escasísimas posibilidades, si sus progenitores asumen todos los gastos asociados. (R.P.C.)

— «Disforia di genere e assunzione di bloccanti puberali. La prospettiva britannica sul consenso informato dei minori», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 439-447.

Ensayo sobre la disforia de género en menores y adolescentes y la auto-determinación de los menores, especialmente en materia de consentimiento informado, explorando el marco británico al respecto. En particular, se alude a la regla establecida en el caso *Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA*, según la cual los menores de 16 años no pueden manifestar el consentimiento al tratamiento médico correspondiente si su grado de discernimiento no les permite comprender las implicaciones del tratamiento específico. (R.P.C.)

GARACI, I.: «Il superiore interesse del minore nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale», *NLCC*, 2021, núm. 4, pp. 800-826.

Vulnerabilidad y capacidad del menor en las redes sociales y en el ámbito del tratamiento de datos personales. Necesidad de creación de nuevas vías de protección de los menores en el uso de la tecnología y servicios digitales de información y socio educativos. (*M.R.D.R.*)

GAROFALO, G.: «Trattamento e protezione dei dati personali: spunti rimediali in ambito sanitario», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1392-1427.

Con especial atención a la regulación del RGPD y a la experiencia al respecto en nuestro ordenamiento, este trabajo se centra en el tratamiento en el ámbito sanitario de los datos personales y en el control que ejerce sobre ellos el interesado, así como en el estudio de los remedios más adecuados para asegurar su tutela plena y eficaz. (*A.M.M.*)

— «Identità digitale e diritto all'oblio: questioni aperte all'indomani dell'approvazione del GDPR», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1505-1518.

El autor se centra en el análisis del derecho al olvido en el ámbito digital, examinando la evolución jurisprudencial en la materia, así como las cuestiones problemáticas que persisten tras la aprobación del RGPD. (*A.M.M.*)

GIANNITI, P.: «Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1245-1287.

El artículo analiza desde una perspectiva crítica el progresivo reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos de la persona. Se pone de relieve la necesidad de que el legislador encuentre el equilibrio necesario para elaborar y estructurar el estatuto actual de los derechos del ser humano, pero también de que la razonabilidad de tal equilibrio sea objeto de valoración en el contexto constitucional. (*A.M.M.*)

LAGARDE, X.: «Observations sur le financement de la dépendance», *GP*, 2022, núm. 3, pp. 14-18.

Análisis del sistema Francés de dependencia. En Francia intervienen operadores privados, básicamente entidades que gestionan los establecimientos donde los mayores dependientes viven, y, por otro lado, aquellos que tienen la titularidad del inmueble. Los primeros, están sometidos al derecho público de forma rigurosa y deben justificar su función en base al interés general; mientras que los segundos sufren la falta de rentabilidad del edificio y la necesidad de nueva fiscalización. (*R.A.R.*)

LARDEUX, G.: «Humanité, personnalité, animalité», *RTDC*, 2021, núm. 3, pp. 573-590.

La autora se centra en el estudio de la personalidad del hombre y la consideración sensible de los animales. (*R.A.R.*)

LELLA, F. DI: «Sulle destinazioni *post mortem* del corpo e dei tessuti umani. Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10 del 2020», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 475-483.

Estudio que parte de la ley número 10 de 10 de febrero de 2020, y que gira en torno al derecho de las personas a decidir que, tras su muerte, su cuer-

po sirva a finalidades didácticas y científicas; una opción que, sin embargo, aparentemente es bastante infrecuente en Italia. El ensayo se refiere a las cuestiones de autonomía privada que se encuentran detrás, incluyendo las condiciones necesarias en relación con el acto jurídico con el que la persona manifieste su voluntad. (*R.P.C.*)

LEUZZI, A.: «La questione delle pratiche eutanasiche nell'ordinamento italiano», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1849-1879.

La autora se centra en estudiar las cuestiones relativas a la eutanasia que quedaron abiertas por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2019 en el caso Cappato; en concreto, aquellas que tienen que ver con el posible respeto de la decisión libre e informada de la persona que solicita esa medida, la calificación de «homicidio ilegítimo» cuando la persona consiente a ello o la propia constitucionalidad de la eutanasia en el ordenamiento italiano. (*A.M.M.*)

LINGIBE, P.: «Convention d'honoraires et mineurs incapables: quelles règles? Quels contrôles?», *GP*, 2021, núm. 35, pp. 12-18.

La fuerte protección de los menores suele olvidarse a menudo. Dicha protección se extiende, en particular, a su patrimonio que debe protegerse de cualquier atentado, directo o indirecto. La jurisprudencia ha recordado esto sancionando actos abusivos, a veces, discutibles. (*R.A.R.*)

MARGUENAUD, J.P.: «L'animal sujet de droit ou la modernité d'une vieille idée de René Demogue», *RTDC*, 2021, núm. 3, pp. 591-606.

Estudio sobre la nueva consideración de los animales, no como objeto sino como sujetos de derechos sensibles y con derechos. El autor observa como esto ya se defendió con Demogué. (*R.A.R.*)

MASONI, R.: «Caso Cappato e sviluppi successivi: un idem sentire di idee in fase di affermazione?», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1811-1834.

El trabajo analiza la situación del ordenamiento italiano en relación con la eutanasia tras la sentencia del Tribunal Constitucional italiano en el caso Cappato, adentrándose en los requisitos establecidos para el suicidio asistido y su interpretación posterior. Se completa el estudio con una mirada comparativa al panorama en otros ordenamientos, tales como Alemania. (*A.M.M.*)

MONTERIN, A.: «Dell'incertezza nei trasferimenti di dati personali verso gli Stati Uniti», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 154-166.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, *Facebook Ireland* y *Schrems*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559. Esta importante resolución se refiere fundamentalmente a la transferencia de datos personales a terceros países con fines comerciales, así como a las garantías adecuadas que deben existir para concluir que los derechos de las personas cuyos datos personales se transfieren a un país tercero sobre la base de cláusulas tipo de protección de datos gozan de un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión Europea. Dejando a un lado otras cuestiones prejudiciales respondidas en la sentencia, según el quinto pronunciamiento de la misma, «la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio

de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la Privacidad UE EE. UU., es inválida». (R.P.C.)

PALMERI, G.: «Amministrazione di sostegno e home banking dispositivo», *NGCC*, 2021, núm. 3, pp. 566-574.

Comentario a la decisión del *Arbitro Bancario Finanziario di Roma* de 1 de diciembre de 2020, n.º 21509. Esta institución declara ilegal que un intermediario financiero deniegue a la persona que presta apoyos a una persona con discapacidad (*amministratore di sostegno*) la activación de la posibilidad de operar en línea con la cuenta del beneficiario de la protección, cuando una decisión judicial le autoriza a efectuar movimientos en dicha cuenta. (R.P.C.)

PARENZO, B.: «Sull'importanza del dire le cose come stanno: ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai C.D. servizi digitali "gratuiti"», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1457-1489.

El artículo estudia el debatido tema del carácter patrimonial de los datos personales. Frente a las posiciones doctrinales reticentes, se ponen de relieve los argumentos para aceptar el reconocimiento de tal carácter patrimonial de los datos y su consiguiente posible comercialización. Se hace especial énfasis en la trascendencia de reconocer la existencia de un intercambio subyacente a determinados servicios digitales «gratuitos», como paso previo necesario para poder analizar las importantes cuestiones jurídicas que surgen en la etapa posterior a la puesta de los datos por parte del interesado a disposición del responsable de su tratamiento. (A.M.M.)

PRATO, E. DEL: «Interesse del genitore e interesse del figlio nella modifica del cognome», *RDC*, 2021, núm. 5, pp. 908-928.

Nombre e identidad personal: efectos del cambio del apellido en la identidad de los hijos, interpretación de los artt. 237 (en el texto anterior a la reforma operada por el d. legisl. 28 dicembre 2013, n. 154), 262, 299, comma 3, c.c. e dall'art. 34, comma 1, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396. (M.R.D.R.)

RIBEYRE, C.: «Légalité de l'assentiment du majeur protégé à une perquisition sans information du curateur...sauf déloyauté des enquêteurs», *SJ*, 2021, núm. 28, pp. 1353-1356.

Valor del asentimiento de un mayor sometido a curatela sin presencia del curador. Validez salvo deslealtad del encuestador. Análisis del problema. (R.A.R.)

SANFILIPPO, S.: «Per una rinnovata lettura assiologica dell'amministrazione di sostegno: l'anzianità e la mera cura patrimonii non sono indici rivelatori della necessità di attivazione del sostegno», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1042-1075.

Sobre el comentario de una sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 31 de diciembre de 2020, la autora reflexiona sobre la naturaleza jurídica de la institución de apoyo a las personas con discapacidad, la función que cumple y su propia pertinencia en situaciones en las que el destinatario del apoyo puede manifestar su disidencia con la medida de protección y en las

que tal medida solo tiene por objeto la gestión del patrimonio del afectado por ella. (A.M.M.)

SOLINAS, C.: «Danno non patrimoniale e violazione del diritto alla protezione dei dati personali», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 142-153.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 17 de septiembre de 2020, n.º 19328. Si bien el derecho a la protección de datos personales, así como la necesidad de una adecuada tutela del interesado ante vulneraciones de la normativa correspondiente que le afecten, están fuera de toda duda; no resulta sencillo cuantificar el daño sufrido por una persona, especialmente si es un daño no patrimonial. Esta es la cuestión jurídica central en la resolución, aclarando que el perjuicio no patrimonial no se produce *ex re ipsa*, sino que debe alegarlo y probarlo el demandante; y que el daño resarcible no se sustrae a la verificación de la gravedad de la lesión y a la seriedad del perjuicio. (R.P.C.)

SPATUZZI, A.: «Il diritto di guarire. L'ultimo caso Di Bella», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1835-1848.

Con ocasión del examen de un famoso caso sobre una controvertida terapia (la multiterapia del Prof. Di Bella), el artículo indaga sobre cuestiones relativas a los límites de la autonomía de la voluntad en relación con las decisiones que puede adoptar una persona en ejercicio de su derecho a la salud. (A.M.M.)

VV.AA.: «Discussioni. L'amministrazione di sostegno. Tra modello e realtà», *NGCC*, 2021, núm. 3, pp. 691-745.

Dentro de la segunda parte de este número de la revista, y bajo la rúbrica «Discusiones», se incluye una especie de dossier con textos que abordan la figura de la provisión de apoyos (*amministrazione di sostegno*). Se trata de la institución civil dirigida a proporcionar la asistencia necesaria a las personas con discapacidad, y su regulación específica se encuentra en los artículos 404 y siguientes del *Codice Civile*. En particular, el artículo 404, rubricado justamente «amministrazione di sostegno», dispone que «la persona que, como consecuencia de una enfermedad o discapacidad física o psíquica se vea imposibilitada, incluso parcial o temporalmente, de proveer a sus propios intereses, puede ser asistida por un proveedor de apoyos, nombrado por el juez tutelar del lugar en el que la persona tiene su residencia o domicilio». Las diferentes aportaciones al dossier tienen una extensión variable, explorando varios aspectos del sistema en general, incluyendo elementos procesales o el rol jugado por los abogados. (R.P.C.)

WACHSMANN, P.: «Les éléments constitutifs de la bonne foi en matière de diffamation et les exigences européennes», *RDS*, 2021, núm. 33, pp. 1727- 1731.

Se analizan diferentes decisiones jurisprudenciales sobre la manifestación de opiniones que pueden llevar a revueltas públicas o conflictos sociales. Límites de la ley a estos casos y las exigencias de Europa. (R.A.R.)

ZANELLI, C.: «“Revenge porn”. Pregi e aporie della nuova fattispecie di cui all’art. 612-ter C.P.», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1428-1456.

La autora estudia de manera crítica el ilícito penal introducido en el artículo 612 *ter* CP italiano sobre la difusión ilegal de imágenes o vídeos sexualmente explícitos. Se ponen de relieve especialmente las deficiencias de una regulación que no parece tomar plenamente en consideración cuestiones complejas tales como la libertad sexual o el uso consciente de las nuevas tecnologías por parte de los usuarios de Internet. (A.M.M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALLIX, N.: «La faute de la victime n’ayant pas causé le dommage», *RDS*, 2022, núm. 1, pp. 29-34.

Problemas que se plantean cuando existe culpa de la víctima en materia de responsabilidad por no haber causado el daño. (R.A.R.)

AUDIT, P.E.: «De quelques enseignements de l’analyse comportementale du droit en matière d’information du contractant», *RTDC*, 2021, núm.3, pp. 545-572.

La obligación de información en materia de contratos y su evolución en Francia, ante las reacciones de las partes y los problemas jurídicos planteados. (R.A.R.)

BACCIARDI, E.: «Mutuo solutorio e causa concreta del contratto», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 924-934.

Este trabajo se centra en una cuestión de teoría general del contrato, como es la causa, y en particular la causa concreta; en relación con la nulidad contractual. Lo hace prestando atención a dos figuras dentro de los contratos de préstamo: el hipotecario y el mutuo *di scopo* en el que el prestatario se compromete a destinar los fondos a una finalidad determinada. (R.P.C.)

BARBA, A.: «Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 902-913.

Ensayo que aborda la relación entre la declaración de nulidad de un contrato en el marco de unas normas que reflejan un orden público de protección –y no de dirección–, esto es, un régimen que pretende proteger exclusivamente a una de las partes, y los efectos restitutorios que pueden derivarse de esa nulidad. En particular, reciente jurisprudencia afirma que si un contrato marco de intermediación financiera es nulo, el cliente puede solicitar la nulidad de ciertas órdenes de inversión –aquellas que han generado pérdidas– y no de todas, acompañadas de la correspondiente restitución parcial de cantidades, solo si el reembolso así obtenido compensa un perjuicio efectivo. En otras palabras, si los beneficios obtenidos con las órdenes cuya nulidad no se pretende son inferiores a las pérdidas sufridas con las órdenes incluidas en el *petitum* de la demanda de nulidad. (R.P.C.)

BEIGNIER, B: «Jurisprudence stricte et clairement énoncée au sujet de la faute intentionnelle en droit des assurances: la recherche volontaire du dommage», *SJ*, 2021, núm. 47, pp. 2142-2145.

Estudio jurisprudencial sobre el responsable del siniestro en caso de seguros. Necesidad de analizar el daño. (R.A.R.)

BELL, J.: «Tort Law and the Moral Law: Anglo-French divergences», *CLJ*, 2021, vol. 80, núm. 1 (centenary issue), pp. 33-60.

Retomando como pretexto el título de una conferencia de André Tunc, el autor realiza algunas reflexiones sobre el derecho de daños comparando los modelos inglés y francés. Tomando como punto de partida los enfoques tradicionales planteados y destacados por Hamson y Tunc en los años setenta, se destacan sus diferencias. Se analiza también la relación entre el derecho de daños y el seguro y se constata que los dos sistemas interaccionan y se adaptan mutuamente; sin embargo, poseen diferentes mecanismos de asignación y distribución de pérdidas y culturas de reclamación. Estos varían no sólo entre el Derecho francés e inglés, sino también en el alemán. Las bases de la discusión son: TUNC, A.: «Tort Law and the Moral Law», *CLJ*, 1972, vol. 30, núm. 2, pp. 247-259; replica de HAMSON, J.: «The Moral Law and Professor Tunc», *CLJ*, 1973, vol. 32, núm. 1, pp. 52-55 y dúplicas en TUNC, A.: «Accident Victim Compensation and the Moral Law», *CLJ*, vol. 32, núm. 2, pp. 241-245; y de HAMSON en *ibidem* pp. 244-255. (A.F.)

CALABRESE, G.: «Quantità e qualità dell'alea come elemento necessario del derivato IRS», *NGCC*, 2020, núm. 5, pp. 1092-1108.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 12 de mayo de 2020, núm. 8770. El tema desarrollado son los contratos de permuta financiera o *swap*, y más concretamente los que se refieren al tipo de interés. En el litigio principal se pretendía la nulidad de contratos de este tipo, basada principalmente en ciertas omisiones. La regla que se deriva del pronunciamiento es que el contrato debe precisar el riesgo asumido por el inversor, tanto en su dimensión cualitativa como en su dimensión cuantitativa. (R.P.C.)

CALABRESI, G. & SMITH, S.: «On Tort Law's Dualism», *Harv. L. Rev. (forum)*, 2022, vol. 135, núm. 4, pp. 184-193.

Clave es la publicación de la monografía de John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky («Recognizing Wrongs», Harvard University Press, 2020).

Su reseña (C. M. Sharkey, «Modern Tort Law: preventing harms, not recognizing wrongs», *Harv. L. Rev.*, 2021, vol. 134, núm. 4 pp. 1424-1454) y la ulterior respuesta de uno de los autores (John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, «Thoroughly Modern Tort Theory», *Harv. L. Rev. forum*, 2021, vol. 134, núm. 4, pp. 184-194) impulsa a Calabresi y Smith a realizar unas interesantísimas reflexiones críticas sobre una vuelta a una nueva vida de la responsabilidad civil. Confrontan y sistematizan las dos diferentes concepciones de la responsabilidad civil tomadas por los autores anteriores: una más propiamente indemnizatoria y otra más bien ligada al ámbito preventivo. Posteriormente, constatan que ambas carecerían de algo y, al mismo tiempo, se complementarían. En este sentido, los autores afirman que no debe olvidarse el «vínculo inverso» («reverse link») del derecho de daños. Por ello, lo que es «barato» y lo que es «costoso» deriva de los gustos y valores de la

sociedad, que pueden influirse en el conjunto actual de ilícitos civiles. De este modo, el derecho de daños opera en una doble dirección. En este sentido, debe tenerse en cuenta la doble visión de intereses: el privado y el público. Si en el primero se quiere una reparación del daño, la visión puede ser diferente en el segundo, dado que entran en juego los valores que tiene una sociedad. En este sentido, ambas teorías de los autores analizados por Calabresi y Smith resultan útiles. (A.F.)

CARAPEZZA FIGLIA, G.: «Stato di emergenza e garanzie autonome. L'exceptio doli generalis al tempo della pandemia», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 133-141.

Comentario al auto del Tribunal de Milán de 24 de julio de 2020, relacionado con el arrendamiento de local destinado a un uso diferente del de vivienda, y las consecuencias de la pandemia. En particular, ante el impago de la renta correspondiente a los meses de suspensión de la actividad comercial, el arrendador pretende hacer valer la garantía a primer requerimiento constituida por un tercero, y este último solicita en vía de urgencia la liberación de semejante pago, alegando una *exceptio doli* basada en el carácter abusivo de la garantía. El tribunal considera que no se cumplen los presupuestos para la aplicación de la citada excepción. (R.P.C.)

CARBONE, E.: «Una novella per l'art. 1467 cod. civ. (appunti dal modello rimediabile francese)», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 460-468.

Ensayo que parte del artículo 1195 del Código civil francés tras la reforma operada por la *Ordonnance* del año 2016, precepto relativo a la teoría de la imprevisión, noción con la que el Derecho francés aborda el cambio de circunstancias sobrevenido y extraordinario. El autor plantea utilizar esa disposición para examinar y reformular el artículo 1467 del *Codice Civile*, referido a la excesiva onerosidad en los contratos sinalagmáticos, del que se predica su rigidez y al cual se le atribuyen ciertas carencias. (R.P.C.)

CARTAPANIS, M.: «Faut-il repenser l'exoneration pour risque de développement?», *RTDC*, 2021, núm. 3, pp. 523-544.

En materia de responsabilidad, una de las grandes cuestiones es hasta donde se ha de responder por riesgo. El autor se plantea la necesidad de repensar los casos de exoneración en estos supuestos. (R.A.R.)

CASU, G.: «Le contrat de construction de maison individuelle et l'aléa», *RDI*, 2021, núm. 11, pp. 573- 579.

La ley de 19 de diciembre de 1990 reformó el contrato de obra de casa individual e impuso grandes formalidades para la formación del contrato. Un punto importante, es el de la responsabilidad del contratista por actos de los subcontratistas. (R.A.R.)

CHABAUD, L. K.: «Pena ed esecuzione patrimoniale: la clausola penale nella riforma francese del diritto delle obbligazioni», *NGCC*, 2020, núm. 5, pp. 1189-1198.

Ensayo que comienza con un acercamiento histórico a la cláusula penal y su función, así como un estudio de Derecho comparado respecto de la figura, para luego examinar su relación con los remedios por incumplimiento y otras cuestiones. El estudio se hace con especial atención al proyecto francés de

reforma de la responsabilidad civil, siendo el artículo 1284 la disposición más relevante. (*R.P.C.*)

CINQUE, A./VALENZA, C. A.: «Interessi moratori e usura. Riflessioni a margine di Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 630-658.

En la sentencia comentada, la Corte italiana señala que las normas sobre represión de la usura (Ley núm. 108, de 7 marzo 1996) son de aplicación no sólo a los intereses remuneratorios, sino también a los moratorios (recuérdese que nuestro Tribunal Supremo tiene dicho justamente lo contrario, *vid.*, por todas, STS núm. 132/2019, de 5 de marzo). Ahora bien, en caso de que estos últimos resulten usurarios, la sanción consistirá en la reducción de su cuantía a los debidos como contraprestación (*ex art. 1224 c.c.*), y no en la nulidad de todos intereses (como se derivaría de una aplicación estricta del art. 1815 II c.c.) (cfr. con el art. 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908, que prevé la nulidad de todo el contrato). (*E.G.P.*)

COCUCCIO, M.: «Il danno da uccisione del congiunto», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1374-1391.

El trabajo se centra en el daño moral consistente en la «pérdida de la relación familiar» resultante de la muerte de un pariente causada por un tercero. No siendo suficiente por sí sola la relación familiar para estimar tal perjuicio, los demandantes han de acreditar la existencia de relaciones de afecto y de solidaridad con el fallecido. La indemnización del daño tiene en cuenta los factores que determinan la intensidad del vínculo real y el consiguiente efecto del fallecimiento para el perjudicado indirecto. (*A.M.M.*)

CRISTOFARO, G. DE: «Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 842-850.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020, *Condominio di Milano, via Meda*, C 329/19, ECLI:EU:C:2020:263. Según el fallo, «los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que interpreta la normativa destinada a transponer al Derecho interno esa Directiva de manera que las normas de protección de los consumidores que contiene se aplican también a un contrato celebrado por un sujeto de Derecho como el *condominio* en Derecho italiano con un profesional, aunque ese sujeto de Derecho no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva». (*R.P.C.*)

— «Il regime privatistico “speciale” delle c.d. forniture non richieste: la prima presa di posizione della Suprema Corte», *NGCC*, 2021, núm. 3, pp. 575-585.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 12 de enero de 2021, n.º 261, que declara que el consumidor no debe abonar ninguna contraprestación cuando se le presta energía eléctrica que no ha solicitado. Tampoco cabe que el suministrador ejercite una acción de enriquecimiento sin causa o para

recuperar un pago indebido, incluso si el consumidor ha obtenido una ventaja del suministro no solicitado. Y ello porque el legislador, mediante la norma relevante, ha querido hacer prevalecer los intereses del consumidor sobre los del empresario. (R.P.C.)

CUZZOLA, P.: «Ruolo e profili di responsabilità del gestore del portale nell'equity crowdfunding», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 935-944.

Un ensayo que se interesa por el *equity crowdfunding*, sistema mediante el cual los inversores reciben, a cambio de su aportación, una parte del capital de la empresa; desarrollándose el proceso a través de las nuevas tecnologías. Más concretamente, el estudio se centra en el papel que desempeña el gestor de la plataforma en línea en la que se desarrolla la microfinanciación, incluidas las obligaciones para con los inversores y su responsabilidad en caso de incumplimiento. El punto de partida del análisis es el *Regolamento sulla raccolta di capitali tramite portali on-line*, adoptado por la resolución n.º 18592 de 26 de junio de 2013. (R.P.C.)

DOGLIOTTI, M.: «Diritto all'anonimato della madre e possibilità del figlio di conoscere l'identità. A proposito di una ricerca dell'ANFAA», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1323-1330.

El artículo plantea la conveniencia de permitir que los hijos adoptivos puedan conocer la identidad de la madre biológica, incidiendo sobre la necesidad de regular legalmente esta cuestión. Junto al análisis de ciertos casos, el autor muestra también los resultados de una encuesta de la ANFAA (*Associazione Nazionale Famiglie Adottive e Affidatarie*). (A.M.M.)

DONNO, G. DE: «Deterioramento della posizione del debitore e limiti alla circolazione del credito», *RTDPC*, 2021, núm. 4, pp. 1175-1202.

Reflexiones sobre la figura de cesión de créditos y la necesidad de no perjudicar la situación del deudor, en relación a la posibilidad de cumplimiento de la obligación y oponer excepciones al cesionario. (M.R.D.R.)

DREYER, E.: «De l'intelligence à la responsabilité artificielle, s'agissant des véhicules autonomes», *GP*, 2021, núm. 42, pp. 12-18.

El código de la circulación ha recogido determinadas disposiciones reglamentarias sobre los vehículos autónomos y se ha completado las normas aplicables a los conductores según se active o no la delegación de la conducción. En esas reglas, se recoge la responsabilidad penal y la responsabilidad en el pago de la multa. Suele haber dudas sobre la legitimidad del pago final. Debe ser bien estudiado dado el futuro de la inteligencia artificial. (R.A.R.)

DUPLAN, A.: «L'implantation de projets sur un site surexposé à la pollution atmosphérique justifie le refus de délivrance d'un permis de construire», *RDI*, 2021, núm. 11, pp. 580-587.

Denegación de permiso de obra por contaminación del medio ambiente. Es un supuesto totalmente justificado. (R.A.R.)

FACCIOLI, M.: «Opponibilità in compensazione giudiziale di un credito prescritto», *NGCC*, 2020, núm. 5, pp. 1125-1132.

La sentencia de la *Corte di Cassazione* de 11 de marzo de 2020, n.º 7018, comentada por el autor, se refiere a la compensación. En este sentido, el art. 1242 del *Codice Civile* establece, en su párrafo segundo, que la prescripción de un crédito no impide su oposición en compensación de otro crédito, si tal prescripción no se había consumado cuando se verificó la existencia de ambos derechos. (*R.P.C.*)

FAURE-ABBAD, M.: «Les régimes de responsabilité applicables aux éléments d'équipement dissociables, réflexion sur les catégories», *RDI*, 2022, núm. 2, pp. 72- 80.

Los elementos de equipamiento de los edificios se han multiplicado como consecuencia de las nuevas tecnologías. Es necesario determinar la responsabilidad de los constructores. Muchas veces esos elementos no son equiparables a los intervinientes en las obras y, por tanto, no caben en la responsabilidad decenal. El autor analiza esos elementos. (*R.A.R.*)

FLORENA, M.: «La responsabilità del medico: focus sui danni risarcibili in caso di inadempimento dell'obbligo di assunzione del consenso informato», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1008-1042.

Con ocasión del análisis de una sentencia relativa a un caso de responsabilidad médica por falta de consentimiento informado, se examina de forma crítica el panorama de esta cuestión en el ordenamiento italiano, con formulación de propuestas de mejora del sistema. (*A.M.M.*)

FUSARO, A.: «Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo», *NGCC*, 2020, núm. 6, pp. 1344-1356.

Estudio referido a la inteligencia artificial desarrollada, y más concretamente a la responsabilidad por los daños derivados de la misma. El autor adopta un enfoque en el que adquieren importancia las propuestas europeas en la materia, reflexionando sobre cuestiones tales como si un producto inteligente puede ser pese a todo defectuoso, los fallos derivados del propio algoritmo, el creciente foco puesto en la seguridad de los productos, o la hipótesis de establecer un régimen de responsabilidad objetiva y la obligación de constituir un seguro. (*R.P.C.*)

GIACOBBE, E.: «Itinerari delle relazioni familiari tra Italia e Spagna», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1739-1771.

El artículo estudia la evolución del derecho de familia en los ordenamientos jurídicos italiano y español, especialmente en materia de responsabilidad civil en las relaciones familiares. En concreto, se analizan los distintos escenarios en que se plantea tal responsabilidad (promesa de matrimonio, nulidad matrimonial, incumplimiento de deberes matrimoniales y de obligaciones entre los cónyuges) y las soluciones a las que se han llegado en ambos sistemas. (*A.M.M.*)

GIAIMO, G.: «Frozen embryos, frozen law. Brevi notazioni, in chiave comparatistica, su una recente decisione in tema di procreazione medicalmente assistita», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1331-1352.

La comparación de dos sentencias italianas y una inglesa sirve de base para analizar los efectos de la revocación del consentimiento para utilizar embriones crioconservados, una vez que los cónyuges se han separado y sólo la mujer desea la gestación, así como las distintas soluciones y valores que entran en juego en el marco de la reproducción asistida. (A.M.M.)

GIULIANO, M.: «Regolare l'infosfera», *CI*, 2021, núm. 3, pp. 885-919.

Un popurrí de reflexiones jurídico-filosóficas sobre las nuevas tecnologías (*blockchain*, *smart contract*, etc.), que emplea más de una treintena de páginas para concluir que el mundo digital, *ancorché non ancorato ad uno spazio territoriale a cui legare il diritto statale, resta pur sempre soggetto alla legge...* (E.G.P.)

GOUDKAMP, J./KATSAMPOUKA E.: «Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law», *MLR*, 2021, vol. 84, núm. 6, pp. 1257-1293.

Escrito realizado en defensa de los daños punitivos. Quiere desmontarse la visión, definida como ortodoxa, por la cual estos deformarían el Derecho privado debido a su función de castigo. Este entendimiento distorsionaría la realidad, dado que, para los autores, también otros remedios conducen al mismo resultado. En este sentido, allá donde esta institución se acepta, como es el caso del ordenamiento inglés, no es oportuno limitar su aplicación, de lo contrario se adoptaría una visión anómala. (A.F.)

HUET, J./BINOIS, F.: «L'aventure électronique de l'acte notarié entre son passé et son avenir», *RDS*, 2021, núm. 40, pp. 2055-2163.

La digitalización está en todo el mundo del derecho, y como no podía ser de otro modo, también ha llegado al ámbito notarial. Por ello, se analizan aquí las consecuencias de esa digitalización de los documentos notariales, su pasado y su futuro. (R.A.R.)

JOURDAIN, P.: «Le dol du mandataire n'engage la responsabilité du mandant qu'à la condition de prouver sa faute», *SJ*, 2021, núm. 46, pp. 2085-2088.

Responsabilidad en el mandato. Dolo por parte del mandatario y responsabilidad por culpa del mandante. Una responsabilidad no tiene porqué excluir la otra. (R.A.R.)

KARILA, J.P.: «Garantie de parfait achèvement et action judiciaire», *SJ*, 2021, núm. 40, pp. 1782-1785.

Garantía de terminación en el contrato de obra. Defectos en la terminación tal y como se había contratado. Acción judicial para exigir responsabilidad al contratista. (R.A.R.)

KARILA, J.P.: «Dommages intermédiaires: «prescriptions» ou «forclusion» décennale?», *SJ*, 2021, núm. 36, pp. 1579-1582.

Estudio sobre el carácter del plazo para exigir responsabilidad en el contrato de obra cuando el daño lo realizan los intermediarios. ¿Es un plazo de caducidad o de prescripción? (R.A.R.)

LEVENEUR-AZEMAR, M.: «Les effets limités de la mise en oeuvre tardive de la faculté de rétraction dans le contrat de construction d'une maison individuelle», *SJ*, 2021, núm. 35, pp. 1526-1529.

El contrato de edificación de casa individual, regulado en 1990, plantea numerosos problemas. Uno de ellos es el plazo para ejercitar acciones en caso de no cumplimiento según lo pactado. El autor analiza los efectos del ejercicio de la acción de retracción del contrato por retraso en el cumplimiento. (R.A.R.)

LEVI, D.: «De nouvelles restrictions inacceptables au secret professionnel des avocats», *SJ*, 2021, núm. 39, pp. 1710-1711.

La reforma de la responsabilidad de los profesionales, concretamente de los abogados, ha puesto en duda los límites del secreto profesional. El autor analiza una serie de restricciones que considera inacceptables para mantener el secreto. (R.A.R.)

LIOR, A.: «The AI Accident Network: Artificial Intelligence Liability Meets Network Theory», *Tul. L. Rev.*, 2021, vol. 95, núm. 5, pp. 1103-1166.

El artículo quiere introducir el análisis de Teoría de las redes sociales (*Network Theory*) dentro de la responsabilidad civil. Se defiende que los conocimientos analíticos que derivan de la disciplina de la Teoría de redes pueden aplicarse en el caso en que los daños y perjuicios sean causados por los agentes ligados a la inteligencia artificial. Esto permitiría ayudar a visualizar y comprender con mejor precisión, predictibilidad, razonabilidad y causalidad situaciones difíciles y complejas. Se lleva a cabo este razonamiento también analizando críticamente las teorías de George Fletcher y Guido Calabresi (respectivamente en relación con el *non reciprocal paradigm* y el *cheapest-cost avoider strict liability approach*).

Es oportuno complementar la lectura de este artículo con la visión dada por CHESTERMAN, S.: «Through a Glass, Darkly: Artificial Intelligence and the Problem of Opacity», *Am. J. Comp. L.*, 2021, vol. 69, núm. 2, pp. 271-295. (A.F.)

MAGGIOLO, M.: «Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto», *RDC*, 2021, núm. 5, pp. 908-928.

Reflexiones sobre la facultad de renegociar el contrato de arrendamiento en situaciones excepcionales como la pandemia por COVID, desde el art. 2392 CC italiano y derecho comparado y europeo de contratos: dilación del contrato, resolución, resarcimiento de daños. (M.R.D.R.)

MARTIAL-BRAZ, N.: «Les clauses contractuelles types sont mortes, vive les clauses contractuelles types!», *SJ*, 2021, núm. 28, pp. 1336-1339.

Los contratos de adhesión y las cláusulas contractuales tipo de muchos de estos contratos han tenido muchos contratiempos por el abuso a los consumi-

dores. En este sentido parecían destinadas a extinguirse, sin embargo, esto no se ha producido. (R.A.R.)

MARTINO, M.: «Risoluzione del contratto e retrocessione dell'azienda ceduta», *RTDPC*, 2021, núm. 3, pp. 725-748.

Reflexiones sobre la situación de quiebras de empresas y efectos de resolución de contratos, en el ámbito contractual y de liquidación posesoria. (M.R.D.R.)

MATSOPOULOU, H.: «Les sanctions des atteintes au secret professionnel de l'avocat», *GP*, 2022, pp. 11-14.

Penalmente, no se condena a los abogados que revelan informaciones, pero sí se está tendiendo a analizar el secuestro de correspondencia entre abogado-cliente. Así, la ley 2021-1729, de 22 de diciembre de 2021 extiende la protección del secreto profesional a la actividad de aconsejar. (R.A.R.)

MATTARELLA, G.: «Clausola marcialiana e tutela del consumatore: la dubbia compatibilità col diritto europeo dell'art. 120-quinquiesdecies t.u.b.», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 714-725.

El ensayo versa sobre una reforma relacionada con el denominado «pacto marcialiano», y en qué medida es respetuosa con el principio de tutela de los consumidores a la luz de la jurisprudencia europea; partiendo de la base de que la finalidad de la modificación es agilizar el proceso de ejecución y fomentar el crédito incrementando la eficacia de la garantía para el prestamista. (R.P.C.)

MAUCERI, T.: «Usurpazione di diritti audiovisivi su eventi sportivi e criteri di stima del danno», *NGCC*, 2020, núm. 6, pp. 1293-1303.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 19 de mayo de 2020. Con la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías, se ha facilitado mucho la posibilidad de acceder a contenidos audiovisuales sin abonar las cuotas exigidas por las plataformas que ostentan en exclusiva los derechos de difusión. Pues bien, esta es la situación de partida que da lugar a la resolución comentada: la difusión en *streaming* por parte de un empresario individual de partidos de fútbol, lo que da lugar a una reclamación por parte de los titulares de los derechos. Ahora bien, el foco del debate se sitúa en la estimación del daño resultante de la infracción, y en particular del lucro cesante. (R.P.C.)

MOLFESSIS, N.: «Promesse unilatérale de vente; un revirement nébuleux», *SJ*, 2021, núm. 47, pp. 213-214.

De nuevo el autor analiza la promesa unilateral de venta y los puntos más debatidos de esta figura. (R.A.R.)

MONTANARI, A.: «La nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita: la decisione del Collegio di coordinamento dell'A.B.F. sulle fideiussioni *omnibus*», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 109-118.

Comentario a la decisión del *Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario* de 19 de agosto de 2020, que declara la nulidad de una garantía *omnibus* que reproduce un determinado esquema elaborado por una asociación bancaria y calificado como un acuerdo anticompetitivo. La nuli-

dad, que solo puede ser invocada por el cliente, es únicamente parcial por afectar a una cláusula contractual accesoria. (R.P.C.)

MOROTTI, E.: «I frequenti recessi del consumatore e il rifiuto di contrarre del professionista nel commercio elettronico», *NGCC*, 2020, núm. 6, pp. 1369-1378.

Este ensayo aborda un problema que, si bien no parece frecuente en la práctica, puede generar consecuencias sustanciales para un empresario: se trata del consumidor que repetidamente contrata en línea, ejerce su derecho de desistimiento, devuelve el bien adquirido, y adquiere un nuevo producto, para seguir una y otra vez el mismo proceso. Los empresarios intentan protegerse de esta práctica mediante varios mecanismos. Algunas plataformas cancelan directamente la cuenta del usuario, otras tras un preaviso, y algunas insertan cláusulas en sus condiciones generales. El autor comenta el problema y ofrece posibles soluciones, considerando únicamente los clientes que reúnen la condición de consumidor, y reparando en el Derecho de la Unión Europea. (R.P.C.)

MUSIO, A.: «La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 226-241.

Ensayo teórico sobre el contrato a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías. Estas afectan, por ejemplo, a la manera de concluir el acuerdo y también a su ejecución a través de los denominados contratos inteligentes y sus operaciones automatizadas. Todo ello puede ser puesto en relación con el desarrollo de la contratación en masa después de la Revolución Industrial y su incidencia en el valor del consentimiento. (R.P.C.)

NAIJAR, I.: «Promesse de vente: un régime juridique désormie unifié», *SJ*, 2021, núm. 35, pp. 1517-1519.

La unificación del régimen jurídico de la promesa de venta como precontrato en Francia. Estudio de la regulación legal. (R.A.R.)

NATALE, A.: «Sulla rilevanza esterna dell'interesse del mandante», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 469-474.

Trabajo sobre las vicisitudes del contrato de mandato y sus consecuencias sobre las relaciones establecidas con un tercero en el marco del encargo efectuado. Tras un primer apartado general sobre el mandato y los terceros, se relaciona la figura con la gestión de negocios, para luego abordar propiamente la relevancia del mandato ante personas ajenas al mismo, así como la irrelevancia del interés del mandante para tales partes terceras. (R.P.C.)

NAIJAR, I.: «Promesse de vente: un régime juridique désormie unifié», *SJ*, 2021, núm. 35, pp. 1517-1519.

La unificación del régimen jurídico de la promesa de venta como precontrato en Francia. Estudio de la regulación legal. (R.A.R.)

PIRAINO, F.: «La rilevanza degli interessi moratori nel giudizio di usura in astratto», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 593-611.

Los autos de la *Corte di Cassazione* de 17 de octubre de 2017, n.º 26286, y de 22 de octubre de 2019, n.º 26946, comentados por el autor, abordan las

funciones de los intereses moratorios y su relevancia a la hora de evaluar el carácter usurario del préstamo en cuestión. (R.P.C.)

PONZANELLI, G.: «Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 91-98.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 10 de noviembre de 2020, n.º 25164, en materia de daño moral. Se predica la autonomía de este respecto al daño corporal (*danno biologico*), en la medida en que el primero no es susceptible de evaluación médica por tratarse de una cuestión interna y subjetiva. Por eso, concurriendo un perjuicio de tipo particular, puede aplicarse un factor de corrección al alza sobre el montante del *danno biologico*, sin computar el daño moral. Además, precisamente por su carácter subjetivo, es posible que el juez identifique un daño moral siempre que verifique una determinada lesión, de acuerdo con las máximas de experiencia, evitando a la víctima los problemas inherentes a la prueba de un estado de aflicción interno. (R.P.C.)

PULLAUD-DULLAN, C.M.: «Introduction de la “clause de réparation” dans le droit français: fin du feuilleton des pièces de rechange?», *RDS*, 2021, núm. 42, pp. 2148- 2151.

La ley núm. 2021-1104, de 22 de agosto de 2021 ha introducido en Francia la cláusula de reparación para luchar contra la desregulación climática y reforzar la residencia frente a aquella. Análisis en caso de reparación de aparatos y piezas de recambio. (R.A.R.)

QUARTA, A.: «Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 523-542.

La autora considera que el remedio más adecuado frente a la «no conformidad social» de un producto (*v. gr.*: cuando en el proceso de fabricación se violan los derechos humanos) sería permitirle al «consumidor ético» exigir su retirada del mercado, si bien reconoce que se trata de una propuesta *de iure condendo*, que no encuentra cabida en la redacción vigente del *Codice de consumo* (nótese que el número correcto de asunto de la STJUE de 12 de noviembre de 2019, citada en p. 526, es el C-363/18). (E.G.P.)

RAOUL-CORMEIL, G.: «Qualification du fauteuil roulant électrique et de son utilisateur dans la loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation routière», *SJ*, 2021, núm. 28, pp. 1345-1349.

Análisis sobre el concepto y requisitos del patinete eléctrico para ser considerado como vehículo y la responsabilidad civil de su conductor por accidente. (R.A.R.)

REGAZZONI, L.: «Concorso del fatto colposo del danneggiato incapace e del suo sorvegliante: concause imputabili, non imputabili ed effetti sul risarcimento», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 623-635.

La influencia de la culpa de la víctima incapaz –así como de la persona encargada de su vigilancia– sobre el derecho a obtener una indemnización por el daño sufrido, es el tema tratado por la comentada sentencia de la *Corte*

di Cassazione de 13 de febrero de 2020, n.º 3557. Le evaluación de la contribución de la víctima, a los fines de reducir proporcionalmente la indemnización debida, prescinde de la edad y de la incapacidad asociada a ella. Tal evaluación es de tipo objetivo, recurriendo al estándar de la diligencia ordinaria de la persona media, verificando si hay una desviación de una regla establecida por una norma positiva y/o dictada por la prudencia común, y sin necesidad de una conducta negligente imputable subjetivamente a dicha víctima. (R.P.C.)

— «I contratti di durata e la pandemia: dalla correzione (cogente) all'integrazione (dispositiva)», *RTDPC*, 2021, núm. 4, pp. 1219-1247.

Observaciones sobre la flexibilidad contractual en tiempos de pandemia, y la necesidad de adaptar el contrato mediante reestructuración o renegociación conforme a la buena fe y situación de las partes: distribución de riesgos y garantía por vicios. (M.R.D.R.)

SALVI, G.: «Recesso consumeristico durante l'esecuzione del contratto. Spigolature a margine di corte di giustizia C- 641/19», *NLCC*, 2021, núm. 4, pp. 882-899.

Observaciones sobre la legitimidad y plazos de control de la cantidad adeudada por el consumidor, importe proporcional respecto a las prestaciones previstas en el contrato, en caso de desistimiento ejercido con posterioridad a la ejecución de dicho contrato, solicitado expresamente por el propio consumidor de conformidad con el art. 50.3, 51.8, 57, 3, C. cons. (M.R.D.R.)

SARTORIS, C.: «La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 702-713.

Artículo con abundantes notas cuya extensión global es muy similar a la del texto, y que gira en torno a uno de los remedios por falta de conformidad previstos en la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DO L 136, de 22 de mayo de 2019, p. 28): la resolución del contrato. Partiendo de la configuración de este remedio en la Directiva de 1999, se estudia la nueva arquitectura, los problemas interpretativos, su carácter declarativo y la posibilidad de una resolución parcial, entre otras cuestiones. (R.P.C.)

SCHWARTZ, A./SCOTT, R. E.: «Obsolescence: The Intractable Production Problem in Contract Law», *Colum. L. Rev.*, 2021, vol. 121, núm. 6, pp. 1659-1731.

Los autores se preguntan si la obsolescencia programada puede contribuir a una mejor eficiencia del mercado, dado que esta puede inducir prácticas de contratación ineficientes y alentar a las partes a comportarse estratégicamente. Se sugiere una regulación tanto pública como privada en respuesta a este aspecto, abriéndose así el debate sobre si el Estado puede crear instituciones en un sistema de *common law* y se adopta una aptitud crítica sobre los procesos de creaciones normativas del *American Law Institute* y de la *Uniform Law Commission*. Para un interesante contrapunto de esta lectura

desde el punto de vista de la visión europea, se toma en consideración también MALINAUSKAITE, J. & ERDEM F. B.: «Planned Obsolescence in the Context of a Holistic Legal Sphere and the Circular Economy», *Oxford J. Legal Stud.*, 2021, vol. 41, núm. 3, pp. 719-749. (A.F.)

SEMERARO, M.: «Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori», *RDC*, 2021, núm. 4, pp. 687-714.

Reflexiones sobre la concesión de créditos al consumidor, tras las dir. 2008/48/CE e la dir. 2014/17/ UE sobre tutela de consumidores, en las operaciones de financiación contractual, desde los principios de información personalizada y producto adecuado. Valoración de la solvencia. (M.R.D.R.)

SENIGAGLIA, R.: «Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1772-1787.

Sobre la consideración de las mascotas y animales de compañía como bienes sujetos a un régimen especial vinculado a la existencia de una relación afectiva entre el dueño y el animal, el trabajo se centra en analizar el contrato de compraventa cuyo objeto es una mascota, así como en las especialidades en materia de responsabilidad civil en esos casos en relación con el daño indemnizable. (A.M.M.)

SIRENA, P./BRIZZOLARI, V.: «Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebito», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 209-215.

El presente estudio parte de la resolución por incumplimiento de un contrato de transacción en el que se preveía la transmisión de algunas acciones de una sociedad *holding*, con la consiguiente necesidad de restituir las prestaciones. El problema viene dado porque el *accipiens* debía transferir las acciones que había recibido, pero entre tanto el *holding* había sido puesto en liquidación, comenzando el proceso que culmina con la cancelación de la inscripción de la sociedad en el registro correspondiente y su extinción (art. 2495 del *Codice Civile*). El trabajo explora la necesidad de que, en una situación semejante, el *accipiens* deba transferir las acciones de las sociedades participadas, al serle imposible restituir las del *holding* como tal. La respuesta es afirmativa, aludiendo al principio de subrogación real, y afirmando que las acciones de las sociedades participadas y el patrimonio restante de la sociedad *holding* constituyen el «residuo jurídico» de las acciones de esta última que el *accipiens* debería haber restituido en condiciones normales. (R.P.C.)

SPADAFORA, A.: «“Solve et repete” nella trama delle relazioni familiari», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1288-1322.

El autor analiza la jurisprudencia dominante que califica de enriquecimiento injustificado las atribuciones patrimoniales que exceden a las necesidades ordinarias de la familia y que permiten aplicar el artículo 2041 del Código civil italiano. (A.M.M.)

— «L'incedere della causa familiare sul terreno della negozialità», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1788-1810.

El autor examina de forma crítica la creciente privatización del Derecho de familia puesta de manifiesto en la aceptación de figuras tales como los pactos prematrimoniales, así como el choque que la «causa familiar» introduce en la teoría general aplicable a los acuerdos de voluntad entre particulares. (A.M.M.)

SPEZIALE, I.: «L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 602-629.

El artículo analiza distintas cuestiones relativas a la cesión por el consumidor de datos personales al empresario con el fin de que éste pueda suministrarle contenidos o servicios digitales o bien como contraprestación no dineraria a tal suministro. (E.G.P.)

TRICOIRE, J.P.: «Obligation de faire et indemnisation des dommages, vices cachés et défauts de conformité, après réception», *RDI*, 2021, núm. 12, pp. 632-642.

Problemas del contrato de obra tras la recepción de la obra final. Vicios ocultos y defecto de conformidad. Indemnización por daños y responsabilidad del contratista y del constructor. (R.A.R.)

TRIMARCHI, M.: «Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio», *RDC*, 2021, núm. 4, pp. 715-744.

Análisis de las garantías reales en los negocios traslativos y propuestas de flexibilización e incluso neutralización de la prohibición del pacto comisorio en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. (M.R.D.R.)

VIGLIONE, P.: «Prevedibilità del danno e dolo del debitore», *NGCC*, 2020, núm. 5, pp. 1180-1188.

Trabajo sobre el daño resarcible en caso de incumplimiento de la obligación. El autor observa que los ordenamientos establecen un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, pero las diferencias en la regulación al respecto determinan la posición más favorable a uno u otro de cada ordenamiento jurídico. En esta materia, una de las reglas clásicas que limitan la entidad del daño resarcible es la basada en el daño previsible en el momento de la constitución de la obligación. Ahora bien, puede inclinar la balanza hacia los intereses de una u otra de las partes cómo se evalúe ese carácter previsible, así como la caracterización que se haga del dolo en la conducta del deudor, que enerva la limitación antes referida. (R.P.C.)

VIOLANTE, U.: «Nesso causale, inadempimento e ripartizione dell'onere della prova», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 216-225.

Ensayo que, sin embargo, encuentra una clara vinculación con la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 18 de febrero de 2020, n.º 4009. Se trata de un caso de responsabilidad civil por daños en el marco de la práctica de esquí. El demandante solicitaba la condena del instructor y del responsable

de las pistas, y se debate la cuestión de a quién corresponde la prueba del nexo causal entre la conducta de aquellos y el daño sufrido. El criterio de la mayor facilidad probatoria no permite una inversión de la prueba en este sentido, subrayándose además que víctima y demandado se hallaban igualmente distantes de los elementos de prueba. (R.P.C.)

VULPIANI, G.: «La *nullité contractuelle* nella riforma del diritto francese», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 914-923.

Estudio enfocado en el nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos, derivado de la reforma llevada a cabo en 2016. Tras unas observaciones generales sobre la nulidad contractual en ese ordenamiento jurídico, la autora se refiere a la distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, la denominada *action interrogatoire* del art. 1183 del Código civil francés (que permite a la parte que no puede solicitar la nulidad exigir por escrito a la otra que confirme el contrato o ejerza la acción de nulidad en un plazo de seis meses, bajo pena de caducidad); o la nulidad relativa que trae causa de la llamada «violencia económica». (R.P.C.)

VV.AA.: «Colloque sur dommages corporels», *GP*, 2022, núm. 1 extraordinaire.

Estudios sobre actos violentos sobre el cuerpo humano y su reparación. Violencia hacia la mujer, parámetros vitales; crisis y forma de verla; postura de los expertos. (R.A.R.)

ZAMUNER, E.: «Contratti fiduciari per la gestione di partecipazioni societarie conclusi da consumatori e Regolamento Roma I», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 612-622.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation*, C 272/18, ECLI:EU:C:2019:827. Las cuestiones prejudiciales tienen por objeto la interpretación del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DO L 266, de 9 de octubre de 1980, p. 1), del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, de 4 de julio de 2008, p. 6), y de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29). El contrato litigioso consiste en un contrato fiduciario, celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo objeto exclusivo es la administración de una participación en una sociedad comanditaria. (R.P.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BAUCIA, I.: «Origine ed evoluzione del diritto di seguito: normative a confronto», *Dir.Aut.*, núm. 3-4, Luglio-Dicembre 2020, pp. 288-300.

La autora presenta aquí un análisis sobre el derecho de participación en la reventa de originales plásticos, exponiendo la evolución que ha ido teniendo con el tiempo. A continuación, se centra en el tratamiento de este derecho por la normativa italiana y por la normativa europea. El último bloque del estudio lo protagonizan los elementos que componen el derecho de reventa, expo-

niendo las cuestiones que tienen que ver con el objeto del derecho, los sujetos obligados al pago, las obras a las que se aplica el derecho, los beneficiarios, las características del derecho, el cálculo de la compensación, la gestión colectiva por la SIAE y el régimen sancionador. (S.L.M.)

BLANDIN, Y.: «Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n.º 2021-1192 du 15 septembre 2021», *GP*, 2021, núm. extraordinario 35, pp. 14-18.

Nueva modificación del derecho de garantías en Francia con la reforma de la ordenanza 2021-1192, de 15 de septiembre. No sólo se ha modificado la fianza, sino también las garantías reales. El autor se plantea si esto asegura la coherencia y eficacia del sistema. (R.A.R.)

BLOMQUIST, J./ROSENMEIER, M.: «Protection internationale des artistes et Union européenne - points de rattachement et traitement national vs réciprocité matérielle après la décision RAAP de la CJUE», *RIDA*, núm. 269, julio 2021, pp. 33-71.

Se trata de un estudio sobre la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes en la Unión Europea. Tras una introducción donde plantean el objeto de análisis, los autores dedican el bloque 2 a la Convención de Roma para la protección de artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión de 1961 y al Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 1996 (TOIEF), analizando los puntos de conexión para la protección de estos titulares de derechos. En el bloque tercero del trabajo exponen cómo los países han incorporado las disposiciones de sendos tratados internacionales. El bloque 4 está dedicado al examen de la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2020 sobre el caso *RAAP* (asunto C-265/19), dedicando distintos subapartados a cada una de las preguntas planteadas: a) la libertad de los Estados miembros a la hora de implementar las disposiciones de los tratados internacionales señalados; b) el efecto de las reservas planteadas al artículo 15.3 TOIEF; c) la posibilidad del Derecho nacional de omitir el reparto de la remuneración equitativa entre los artistas y los productores de fonogramas. Tras poner en relación esta sentencia con la doctrina jurisprudencial derivada de otros pronunciamientos del TJUE, los autores explican las consecuencias legales de esta decisión y acaban el trabajo ofreciendo una panorámica de la cuestión y relacionándola con la aplicación del Tratado OMPI de Beijing en el ámbito audiovisual. (S.L.M.)

BRIZZOLARI, V.: «Note a margine di un caso emblematico di rinuncia alla proprietà immobiliare», *NGCC*, 2021, núm. 3, pp. 631-642.

Comentario a la sentencia del *Tribunale Amministrativo Regionale* de Lombardía de 18 de diciembre de 2020, n.º 2553. De acuerdo con esta resolución, un negocio de renuncia abdicativa a la propiedad por parte del propietario, cuando ha sido efectuado únicamente para eludir la obligación de restauración del inmueble, es nulo desde el punto de vista causal; por contravenir las exigencias de solidaridad vinculadas a la función social de la propiedad y la obligación de respetar la seguridad de los demás, constituyendo límites a las prerrogativas dominicales. En el caso, la renuncia se había producido después de que los propietarios de un inmueble peligroso recibieran una orden municipal para que solucionasen los problemas de seguridad. (R.P.C.)

CAMARA ÁGUILA, P.: «La protection d'une performance de taumachie par le droit d'auteur: une étude de la jurisprudence espagnole sur l'objet de la protection du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 270, octubre 2021, pp. 55-90.

La autora hace un estudio de la sentencia del TS de 16 de febrero de 2021, donde se plantea la cuestión de si una faena taurina puede estar protegida o no por el derecho de autor. Al hilo de este análisis, se examina la jurisprudencia del TJUE y del TS en torno al requisito de la originalidad que deben cumplir las creaciones para estar protegidas, y cómo aquélla ha ido evolucionando hacia una interpretación más subjetiva del mismo. (S.L.M.)

CHIMIENTI, L.: «La creatività artificiale verso una tutela "degradata" nel diritto d'autore», *Dir.Aut.*, núm. 1-2, Gennaio-Giugno 2020, pp. 44-55.

La autora presenta un artículo en el que trata el tema, tantas veces discutido, de la protección de las creaciones realizadas por inteligencia artificial a través del derecho de autor. Tras exponer el concepto de «inteligencia artificial» y sus distintos tipos, analiza la cuestión desde el punto de vista del Derecho europeo y las distintas iniciativas que se están aprobando en los últimos años para resolverla. Acaba el estudio relatando la labor de tutela de la propiedad intelectual llevada a cabo por la OMPI a nivel internacional. (S.L.M.)

DORMONT, S.: «Contrat de commande», *RIDA*, núm. 269, julio 2021, pp. 5-32.

La autora analiza la propuesta de incluir en el Código francés de la Propiedad Intelectual la figura del contrato de encargo de obra, para remunerar el tiempo empleado por los autores en su actividad creativa, y su acogida por el Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística. Se explican, en primer lugar, las aspiraciones de los autores a favor de ese contrato de encargo y la necesidad de que dicha remuneración sea separable de la que reciben por la explotación de sus obras (se trataría de distinguir entre el pago por la creación de una obra y el pago por su explotación). Además, examina la práctica del encargo de obras en Francia: sectores afectados, prácticas observadas, los tipos de anticipos de pago que reciben los autores y el pago separado de remuneraciones. A continuación, se refiere a los contratos de encargo de obra a nivel internacional, revisando el derecho norteamericano, canadiense, británico, brasileño, belga, alemán y camerunés. Sin embargo, a juicio de la autora resulta una propuesta poco convincente y explica sus razones en el segundo bloque del artículo: a) los riesgos de pérdida de independencia para los autores y los riesgos económicos que puede acarrearles; b) las dificultades jurídicas en la redacción de este tipo de contratos. Tras ello, se apuntan las disposiciones específicas que ya regulan el encargo de obra y cómo estos contratos interactúan con el ejercicio de los derechos morales y con las obras colectivas. Según la autora, la introducción de reglas específicas para regular este tipo de contratos desde el punto de vista del Derecho contractual no terminaría de dar respuesta a los problemas con los que se encuentran los autores en este ámbito. Ella propone acudir a los mecanismos de la gestión colectiva. (S.L.M.)

ERCOLANI, E.: «Fai la cosa giusta: il Capo 3 della Direttiva UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale», *Dir.Aut.*, núm. 1-2, Gennaio-Giugno 2021, pp. 1-30.

La autora acomete un análisis profundo del capítulo 3 de la Directiva 2019/790, sobre derecho de autor y derechos conexos en el mercado único digital, relativo a la remuneración equitativa de los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes. Tras destacar la importancia de esta regulación para conseguir una protección eficaz de estos titulares de derechos y para el crecimiento de la industria cultural y creativa dentro de la Unión Europea, explica: a) el principio de remuneración adecuada y proporcionada y sus excepciones; b) la obligación de transparencia; c) el mecanismo de adaptación de los contratos; d) el procedimiento alternativo de resolución de litigios; e) el derecho de revocación; f) el tratamiento nacional y la ley aplicable. (S.L.M.)

GOLDSMITH, F.: «Commentaires de l'arrêt de la CJUE (9/12/2020 - C-132/19 P) Canal + contre Commission européenne», *RIDA*, núm. 269, julio 2021, pp. 73-109.

El artículo constituye un análisis de la sentencia del TJUE de 9 de diciembre de 2020, en el caso *Canal +* (asunto C-132/19). Expuestos los hechos, el autor examina las alegaciones de Canal + y la argumentación del TJUE para justificar su decisión: a) el principio de proporcionalidad; b) los intereses de terceros; c) la obligación de tener en cuenta el contexto económico y legal; d) la infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en el caso *Premier League*; e) la infracción del artículo 101.3 TUE; f) las especiales características del sector cinematográfico; g) el abuso de poder. A través de esta sentencia, el TJUE dejó sin efecto la decisión de la Comisión Europea de julio de 2016, por la que se anulaban una serie de compromisos adquiridos por la productora Paramount con Canal +. Según el TJUE, la Comisión no tuvo en cuenta los intereses de terceros y su decisión vulneraba el principio de proporcionalidad, al vaciar de contenido los derechos contractuales de Canal + frente a la productora Paramount. (S.L.M.)

LAZZARO, F. DI/ CANO, R.: «Fair use e sistema di limitazioni ed eccezioni chiusi; analisi delle convergenze e delle divergenze e compatibilità dei sistemi con le nuove tecnologie», *Dir.Aut.*, núm. 1-2, Gennaio-Giugno 2020, pp. 16-29.

Los autores llevan a cabo un estudio de los dos sistemas de límites existentes: el *fair use* o sistema abierto, propio de Estados Unidos, y el de lista cerrada, aplicado en países como Italia o España. Los autores añaden un tercer sistema híbrido, propio de los ordenamientos británico y ruso. Tras ello, analizan el impacto que tienen los límites en el desarrollo de las nuevas tecnologías, tanto en el entorno de la Unión Europea, haciendo una revisión general y en especial del límite sobre minería de textos y datos, como en el entorno de los Estados Unidos. Finalizan su trabajo poniendo en evidencia la necesidad de redactar los límites de una manera lo suficientemente abierta como para permitir el avance científico y tecnológico. (S.L.M.)

LOCATELLO, D.: « La controversa natura del diritto di uso esclusivo di parti condominiali: problema e prospettive», *RTDPC*, 2021, núm. 4, pp. 1249-1272.

Estudio de la cuota del condominio y las facultades de uso de los cotitulares sobre las cuotas. Interpretación del derecho de uso de la propia cuota como un derecho real, dentro de la teoría del *numerus clausus* de derechos reales. (*M.R.D.R.*)

MANUELA GUTIÉRREZ, B.: «Autenticazione ed autenticità delle opera d'arte», *Dir.Aut.*, núm. 1-2, Gennaio-Giugno 2020, pp. 1-15.

La autora se centra en el tema relativo a la averiguación de la autenticidad de las obras de arte. Analiza, en primer lugar, la orientación que la jurisprudencia italiana da a este problema y las expectativas que tienen los sujetos que solicitan la evaluación de la autenticidad, especialmente los propietarios de estas obras. Pone en evidencia las consecuencias tan relevantes que tiene a nivel de derechos subjetivos (el derecho de paternidad del autor o el derecho de propiedad sobre la obra) y a nivel de interés público para el correcto desarrollo del mercado. A continuación, se refiere a la tutela jurisdiccional de todos estos derechos y de la dificultad que plantea en algunas ocasiones la prueba, reduciéndome a una cuestión de dar más o menos peso a las opiniones de los expertos en arte. De ahí que resulte fundamental que las investigaciones periciales se hagan con métodos científicos, que reduzcan lo máximo posible el espacio a la discrecionalidad. Finalmente, concluye con un estudio de la relación entre la autenticidad de las obras de arte y el Derecho de la competencia. (*S.L.M.*)

MARTIN, S.: «Il diritto all'equa remunerazione degli autori audiovisivi: una panoramica dei diritti esistenti e del loro impatto potenziale sulla trasposizione della Direttiva sul diritto di autore nel mercato unico digitale», *Dir.Aut.*, núm. 1-2, Gennaio-Giugno 2021, pp. 31-55.

El artículo se centra en el derecho a la remuneración equitativa de los autores de obras audiovisuales, en el contexto de la Directiva 2019/790, sobre derecho de autor en el mercado único digital. La autora comienza estudiando la noción de remuneración equitativa para después centrarse en los sistemas nacionales de remuneración existentes dentro de la Unión Europea. Destaca cuatro modelos de remuneración: 1) el modelo de remuneración *stricto sensu*, aplicado en Italia y en España; 2) el modelo flexible de remuneración, utilizado en Estonia; 3) el modelo de remuneración de alcance limitado, propio de Polonia y los Países Bajos; 4) el modelo combinado de remuneración, característico de Francia y Bélgica. A continuación, la autora hace referencia a otros esquemas nacionales de remuneración: a) la licencia colectiva ampliada de los países nórdicos; b) la remuneración por cada forma de explotación, sin una gestión colectiva obligatoria; c) los sistemas nacionales con obligaciones limitadas de remuneración. La autora concluye el trabajo haciendo hincapié en la importancia del carácter irrenunciable de este derecho de remuneración, manifestando su deseo de que los Estados miembros, al transponer la directiva, lo incorporen en sus ordenamientos internos. (*S.L.M.*)

MICO, P. DI: «Principi applicativi ed evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione in merito all'articolo 171-ter della legge sul diritto di autore», *Dir.Aut.*, núm. 1-2, Gennaio-Giugno 2021, pp. 56-70.

El autor elabora un estudio del artículo 171ter de la Ley italiana de Derecho de Autor, que establece varios tipos delictivos relativos a los derechos de propiedad intelectual y que ha sido objeto de numerosas sentencias. Pone de relieve las carencias que tiene este precepto, pues no contempla todas las conductas de manera detallada y completa. De ahí que surjan dudas en cuanto a su interpretación y aplicación, que trata de resolver el autor a través del presente trabajo. Del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina, determina los principios que deben orientar el espíritu del artículo 171ter. (*S.L.M.*)

MIGNOT, M.: «La prescription de l'hypothèque du tiers constituant», *SJ*, 2021, núm. 29, pp. 1405-1408.

Problemas de la prescripción de la hipoteca cuando se constituye por un tercero. (*R.A.R.*)

MORELLI, M.: «Considerazioni in tema di format di produzioni audiovisive. Gli ultimi venti anni in cerca di tutela autoriale», *Dir.Aut.*, núm. 3-4, Luglio-Dicembre 2020, pp. 249-265.

El autor estudia la protección de los formatos televisivos a través del derecho de autor, exponiendo el distinto tratamiento que la doctrina italiana ha propuesto para ellos. Algunos hacen hincapié en la creatividad de los formatos y apuestan por una protección en toda su amplitud. Otros, en cambio, se centran en la utilidad de este tipo de creaciones y defienden más una protección económica para ellos. Tras analizar los elementos característicos de los formatos televisivos y los distintos tipos de contenidos que pueden incorporar (desde juegos televisivos hasta series de ficción), el autor expone la práctica contractual que se produce en torno a esta figura. El estudio pone en evidencia la dificultad de esta cuestión, al encontrarse dos intereses enfrentados: los de los autores a recibir la máxima protección posible y los de la colectividad, que pretende excluir la exclusividad en el uso de las ideas. (*S.L.M.*)

— «La tutela dei diritti dell'acquirente di software nell'ambito dei principi generali: regimi di garanzie e di responsabilità», *Dir.Aut.*, núm. 3-4, Luglio-Dicembre 2020, pp. 301-320.

El autor profundiza en este trabajo en la tutela de los derechos del adquirente de un programa de ordenador, en particular, por lo que se refiere al régimen de garantías y de responsabilidad del vendedor. La razón por la que el autor se centra en esta cuestión es la especialidad que presenta el disfrute del software: lo que el sujeto adquiere es una licencia para el uso del programa. Así, el autor analiza la naturaleza del software como bien de consumo, el carácter de consumidor del adquirente, y la garantía por vicios ocultos o por la falta de calidad y buen funcionamiento. Acaba su trabajo examinando la práctica consistente en la venta de software entre particulares. (*S.L.M.*)

NATOLI, C.: «Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 851-866.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 6 de marzo de 2020, n.º 6459. En esta sentencia, el tribunal sostiene la naturaleza «débil» de los negocios fiduciarios, de modo que no están sometidos a requisitos especiales *ad validitatem*, de lo que resulta que un negocio fiduciario sobre un bien inmueble es válido aun cuando se haya hecho verbalmente. Ahora bien, el comentario se aborda desde la influencia que la respuesta de la *Corte* tiene en la práctica notarial, y no tanto en las cuestiones relativas a la teoría general del contrato, por ejemplo. (*R.P.C.*)

PARK, K-S.: «The History Wars and Property Law: Conquest and Slavery as Foundational to the Field», *Yale L. J.*, 2022, vol. 131, núm. 4, pp. 1062-1384.

Mediante una reconstrucción ligada a la Historia del derecho, se estudia la evolución de formas de propiedad que se ha producido en relación con el despojo de las tierras a las poblaciones nativas y a los pueblos esclavizados en los Estados Unidos. Se considera que un relato de la evolución de los conceptos de propiedad ligado a una Historia de la conquista es indispensable para comprender los singulares frutos del experimento colonial y se destaca que el mercado inmobiliario ha tenido una dependencia estructural con la violencia racial con el objetivo de producir valor. (*A.F.*)

QUARTA, A.: «Nell'occhio del ciclone: la qualificazione della cessione di cubatura tra effetti reali e natura obbligatoria», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 396-406.

Comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 15 de septiembre de 2020, n.º 19152. El trabajo alude a la naturaleza «poliédrica» del contrato por el que una persona cede a otra total o parcialmente el aprovechamiento urbanístico (*cubatura*) de un terreno que le pertenece, disminuyendo o eliminando así la edificabilidad sobre ese terreno, y aumentando correlativamente el potencial edificatorio de otro terreno, facultando al propietario de este último para solicitar un permiso para construir en un volumen superior al que en otro caso le correspondería. El estudio reflexiona sobre la *cubatura*, la relevancia de la publicidad, las ventajas de la operación, etc. El auto examina específicamente la calificación jurídica del negocio de cesión a los efectos de la aplicación de los impuestos registrales, así como la denegación de la autorización para construir por parte de la Administración, también a efectos fiscales. (*R.P.C.*)

RICCIO, G. M.: «Diritto d'autore, creatività e requisiti dell'opera: la Cassazione si affaccia (timidamente) nel dibattito europeo», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 99-108.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de mayo de 2020, n.º 10300. En esta resolución se afirma que el derecho de autor exige el requisito de originalidad y creatividad, entendido como que la obra refleje la personalidad del autor y manifieste sus decisiones libres y creativas. El cumplimiento de este criterio se encuentra sometido al juicio valorativo de los jueces de fondo. En el caso planteado se trataba de un texto jurídico estándar de uso técnico-profesional, sin peculiaridades creativas ni elaboración de

nociones jurídicas, prácticas del sector o experiencias, sino únicamente indicaciones prácticas y funcionales. En estas circunstancias, no podía haber un plagio por parte de otra persona. (*R.P.C.*)

ROSSI, G.: «Il Diritto d'autore e l'idea di "arte"», *Dir.Aut.*, núm. 1-2, Gennaio-Giugno 2020, pp. 30-43.

El autor se centra en el concepto de «arte» del derecho de autor. Comienza con el análisis de la separación entre el arte y la técnica para, después, distinguir entre creaciones artísticas e invenciones. El autor relata las especificidades que plantean los libros como objeto protegido por la propiedad intelectual. Tras ello, examina el régimen de las obras del ingenio en general y de las obras de arte aplicado en particular, haciendo hincapié en el valor artístico de los diseños. (*S.L.M.*)

SCARANO, N.: «La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) sui beni immobili: osservazioni sui più recenti orientamenti e prospettive comparate», *CI*, 2021, núm. 3, pp. 960-1000.

Tras fundamentar la licitud de la renuncia abdicativa de bienes inmuebles en la «plenitud» (*i. e.*, en el carácter *a priori* ilimitado) del derecho de propiedad, el autor se plantea si el Estado (*vid.* art. 827 c.c.) puede rechazar la titularidad de un bien abandonado cuando ésta le resulte excesivamente onerosa. Como ejemplo de una posible vía para articular este rechazo, propone el procedimiento de investigación previsto en los artículos 47 y siguientes de la Ley española del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), apoyándose en la RDGRN de 26 de diciembre de 2018 y en la opinión de nuestra doctrina. Nos parece, sin embargo, que este procedimiento no le puede servir a la Administración para rehusar la adquisición de unos bienes que, según la propia LPAP, se produce «por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado» (art. 17.1). (*E.G.P.*)

SENIGAGLIA, R.: «Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1772-1787.

Sobre la consideración de las mascotas y animales de compañía como bienes sujetos a un régimen especial vinculado a la existencia de una relación afectiva entre el dueño y el animal, el trabajo se centra en analizar el contrato de compraventa cuyo objeto es una mascota, así como en las especialidades en materia de responsabilidad civil en esos casos en relación con el daño indemnizable. (*A.M.M.*)

SIRINELLI, P./ BENSAMOUN, A.: «De quelques dispositions de la transposition française de la réforme européenne du droit d'auteur et des droits voisins - partie 1: le partage de la valeur», *RIDA*, núm. 269, julio 2021, pp. 111-141.

Los autores hacen un análisis de varias cuestiones planteadas por la transposición de la Directiva 2019/790, sobre derecho de autor y derechos conexos en el mercado único digital. A saber: 1) el derecho conexo concedido a los editores de publicaciones periódicas (art. 15); 2) la responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea entre sus usuarios (art. 17). En cuanto al primer bloque, los autores exponen ampliamente

el ámbito de aplicación material, personal, temporal y territorial de este nuevo derecho conexo. Además, se refieren a la exclusividad que implica en la explotación de publicaciones periódicas por parte de estos editores de prensa, a los límites a dicha exclusividad y a las zonas grises. También exponen las dificultades de su implementación en el Derecho francés y cómo el Derecho de la competencia puede servir de ayuda. En el segundo bloque se centran en la responsabilidad de esos prestadores de servicios, analizando: a) el ámbito de aplicación personal y material del artículo 17 de la Directiva; b) las excepciones a la responsabilidad; c) la moderación de dicha responsabilidad; d) el respeto de los datos personales de los usuarios; e) la coordinación de este régimen con los límites a los derechos de autor; f) las dificultades que presenta la transposición de este precepto en el Derecho francés y la ayuda que ofrecen las orientaciones formuladas por la Comisión Europea a este respecto. (S.L.M.)

— «Apport au régime de droit commun des contrats de droit d'auteur par la transposition des articles 18 à 23 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 par l'ordonnance n.º 2021-580 du 12 mai 2021», *RIDA*, núm. 270, octubre 2021, pp. 137-233.

Los autores de este trabajo se centran en la transposición de los artículos 18 a 23 de la Directiva 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado único digital, en el ordenamiento francés, a través de la Orden 2021-580, de 12 de mayo de 2021. Se trata de una serie de disposiciones que tienen que ver con la remuneración equitativa y única que deben recibir los autores y los artistas en los contratos que se refieran a la explotación de sus obras y prestaciones. Son cuatro los grandes bloques en que se divide el estudio. En el primero se analiza el principio de remuneración equitativa del artículo 18 de la Directiva, abarcando los siguientes puntos: 1) el contenido de la disposición europea; 2) la respuesta del legislador francés; 3) los requisitos de la remuneración (apropiada y proporcional); 4) el equilibrio de derechos e intereses; 5) el principio de libertad contractual. En el segundo bloque, los autores examinan la obligación de transparencia dispuesta en el artículo 19, deteniéndose en: a) su naturaleza imperativa; b) su justificación; c) su ámbito de aplicación (contratos afectados, exclusiones y sujetos); d) el mantenimiento de las disposiciones preexistentes; e) la posibilidad de contratos gratuitos de cesión de derechos; f) la gestión colectiva de la remuneración; g) el rol de los acuerdos profesionales; h) su aplicación de los contratos ya existentes. El tercero de los bloques está dedicado a los mecanismos de adaptación de los contratos a que hace referencia el artículo 20 de la Directiva. Entre otros, se estudian temas como: 1) el principio general de ajuste de los contratos; 2) las exclusiones a ese principio; 3) la gestión colectiva y su relación con estos mecanismos; 4) la aplicación de estos mecanismos a sectores concretos; 5) el diferente tratamiento del desequilibrio; 6) la distinción entre la remuneración proporcional a los ingresos por explotación y la remuneración a tanto alzado; 7) la implementación de los mecanismos de adaptación en los contratos ya existentes. Finalmente, el cuarto bloque se centra en el derecho de revocación (art. 22), abarcando las siguientes cuestiones: a) la cláusula del «úselo o piérdalo»; b) el reconocimiento de la existencia de una obligación general de explotar; c) la justificación de esta obligación; d) el derecho a poner fin al contrato (contratos cubiertos y sujetos afectados); e) la prueba de la ausencia de explotación. (S.L.M.)

VARET, V.: «La “revente” d'exemplaires dématérialisés d'œuvres de l'esprit au regard du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 270, octubre 2021, pp. 5-53.

El autor examina los problemas que plantea la reventa de copias inmateriales de obras desde el punto de vista del derecho de autor y, más concretamente, la reventa de obras que han sido descargadas a través de Internet (ej.: programas de ordenador, videojuegos, obras literarias o musicales, entre otros). Divide su trabajo en dos bloques: uno primero en el que analiza estas reventas bajo el prisma del Derecho positivo y un segundo bloque en el que estudia la cuestión de *lege ferenda*. En el primero, el autor plantea la aplicación del Derecho Civil y del derecho de autor, apuntando la posibilidad, incluso, de someter esta práctica a alguna de las excepciones a este último derecho. En el segundo, el autor expone los criterios a tener en cuenta para evaluar la conveniencia de permitir la reventa libre de copias inmateriales de obras y de cara a una regulación conforme al desarrollo tecnológico futuro. (*S.L.M.*)

VV.AA.: «Dossier: Réforme du droit des sûretés (2e. partie)», *RDS*, 2022, núm. 6, pp. 290-309.

Estudio sobre la nueva reforma del derecho de garantías en Francia. Se han reformado tanto las garantías personales como las reales. (*R.A.R.*)

— «Dossier: Réforme du droit des sûretés (1e. partie)», *RDS*, 2022, núm. 5, pp. 226-243.

Estudio sobre la nueva reforma del derecho de garantías en Francia. Se han reformado tanto las garantías personales como las reales. (*R.A.R.*)

— «Actualité des changements d'usage et de destination», *RDI*, 2022, núm. 1, págs.8- 33.

Situación legal y jurisprudencial de los cambios de uso y destino de los bienes inmuebles en Francia. (*R.A.R.*)

— «Réforme de droit des sûretés», *SJ*, 2021, núm. extraordinario 43-44. pp. 70.

Número extraordinario sobre la reforma del derecho de garantías en Francia. Encontramos artículos sobre la reforma de la fianza; las nuevas disposiciones generales de las garantías reales; la reforma de los privilegios mobiliarios; la prenda; la propiedad en garantía; y la hipoteca. (*R.A.R.*)

DERECHO DE FAMILIA

ANTIPPAS, J.: «Liberté, égalité, parentalité! Réflexion á partir de la proposition de loi n.º 4557 du 12 octobre 2021», *RDS*, 2021, núm. 43, pp. 2188- 2196.

La alternancia de residencia de los menores como presunción legal en caso de separación y divorcio. Los casos de custodia compartida. (*R.A.R.*)

ASTONE, A.: «Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture», *NGCC*, 2020, núm. 5, pp. 1169-1179.

A partir de una consulta efectuada por parte de un ministerio a la autoridad en materia de privacidad, sobre la posibilidad de cambiar la palabra

«progenitores» por «padre» y «madre» en el documento de identidad electrónico, la autora explora el reconocimiento de la doble filiación con respecto a un menor por parte de parejas homosexuales. Sobre esta última cuestión ha habido respuestas diferentes en función de las circunstancias del caso concreto –reconocimiento de partidas extranjeras que establecen una doble maternidad o una doble paternidad, nacimientos en Italia a partir de fecundaciones efectuadas en el extranjero, etc.–. (R.P.C.)

AZZARRI, F.: «I Diritti dei nati da gestazione per altri i limiti costituzionali dell'ordine pubblico sommario», *NLCC*, 2021, núm. 5, pp. 1153-1188.

Reflexión sobre el polémico tema de la gestación subrogada, las diversas legislaciones de Derecho comparado e internacional y los principios de orden público internacional: prevalencia de los intereses del menor y posibilidad de inscripción de los hijos nacidos por gestación subrogada. (M.R.D.R.)

BOZZI, F.: «Pourquoi choisir l'arbitrage en matière de divorce?», *GP*, 2022, núm. 7, pp. 17-19.

Alternativa del arbitraje al procedimiento judicial para solucionar problemas. Expresión de la contractualización del derecho de familia desde la ley de 18 de noviembre de 2016 con el divorcio por mutuo consentimiento. (R.A.R.)

BRUNO, S.: «Mantenimento dei figli maggiorenni e abuso del processo esecutivo», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1209-1224.

La autora examina la cuestión del abuso procesal en el marco del Derecho de familia, en relación con la reclamación de pensión para el mantenimiento de hijos mayores de edad cuando el progenitor actuante sabe que tales hijos disponen realmente de medios de subsistencia. (A.M.M.)

BUZZELLI, D.: «Una “rilettura” del recente orientamento delle Sezioni Unite sulla funzione dell'assegno di divorzio», *NGCC*, 2020, núm. 6, pp. 1357-1368.

Trabajo referido a la pensión de alimentos en favor del cónyuge en caso de divorcio (*assegno di divorzio*), a la vista de diversas decisiones recientes de la *Corte di Cassazione*. Se plantea si esta asignación cumple únicamente una función asistencial, o si existen otras funciones concurrentes, los problemas teóricos que surgen al respecto, y se critica la pretendida dimensión compensatoria del *assegno*. (R.P.C.)

CALDERAI, V.: «La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata», *NGCC*, 2020, núm. 5, pp. 1109-1124.

Cuestión polémica la tratada en este comentario al auto de la *Corte di Cassazione* de 29 de abril de 2020, n.º 8325, como es la maternidad subrogada y el status del hijo así nacido, desde el punto de vista de su derecho a la vida privada y familiar. Se plantea la constitucionalidad de las normas que prohíben establecer la filiación del nacido con respecto a los progenitores intencionales, no biológicos. (R.P.C.)

CAMPELL, M.: «The Austerity of Lone Motherhood: Discrimination Law and Benefit Reform», *Oxford J. Legal Stud.*, 2021, vol. 41, núm. 4, pp. 1197-1226.

La autora evidencia la necesidad de una mejor protección normativa para la familia monoparental, en particular aquella formada por una mujer madre y su prole. Así, se constatan las insuficiencias de las reformas normativas en el Derecho inglés y se reivindica una mejor y más oportuna normativa. Esta última evitaría nuevas formas de discriminación en el contexto familiar también en aras de una mejor explicitación y aplicación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. (A.F.)

CAMPIONE, F.: «Divorzio su domanda congiunta e trasferimenti immobiliari: questioni processuali», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1590-1641.

Sobre el análisis de una sentencia de la *Corte di Cassazione* de 29 de julio de 2021, se examinan las cuestiones procesales relativas a la protección de los acreedores de uno de los cónyuges en caso de transmisión de bienes inmuebles en el contexto de la separación consensual y del divorcio solicitado conjuntamente por ambos cónyuges. (A.M.M.)

CANONICO, M.: «Delibazione di nullità matrimoniale canonica e diversa residenza dei coniugi», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1076-1090.

El artículo examina una sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de enero de 2021, que niega el reconocimiento de la nulidad canónica de un matrimonio cuyos miembros habían mantenido residencias separadas de forma prolongada y que parece romper consiguientemente con el principio establecido hasta el momento que asociaba la denegación de dicho reconocimiento a la existencia de una situación de convivencia prolongada de los cónyuges. (A.M.M.)

— «Nullità matrimoniale ed assegno di divorzio», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1090-1117.

El trabajo analiza las relaciones entre la nulidad canónica del matrimonio y la cesación de los efectos civiles del vínculo. En concreto, se estudia si el reconocimiento de la nulidad del matrimonio interfiere o no con el procedimiento civil pendiente relativo al alcance del acuerdo de divorcio. (A.M.M.)

CHECCHINI, B.: «L'“omogenitorialità” ancora al vaglio della Corte costituzionale», *NGCC*, 2021, núm. 3, pp. 609-630.

Comentario a dos decisiones de la *Corte Costituzionale*, ambas con fecha de 9 de marzo de 2021 (n.º 32 y n.º 33), que declaran inadmisibles las cuestiones de constitucionalidad planteadas, relacionadas principalmente con la ley de 19 de febrero de 2004, sobre técnicas de reproducción asistida. La controversia que se plantea en relación con el primer caso surge a partir de una pareja de mujeres que deciden que una de ellas se someta a técnicas de reproducción asistida en el extranjero, naciendo dos gemelas en Italia. En el momento de la inscripción en el Registro, se hace constar únicamente la filiación respecto de la madre biológica. Años después se produce una ruptura de la pareja, y la madre biológica se niega a que su hasta entonces compañera afectiva, que había desempeñado igualmente el rol de progenitor, reconozca a las gemelas o las adopte. Los preceptos correspondientes amparan esta

situación. En el segundo caso se ve afectada una pareja de hombres que recurre a la gestación por sustitución. A la mujer que da a luz se le había implantado un óvulo de una donante anónima y material reproductivo de uno de los varones. El nacimiento del menor tiene lugar en Canadá, y en la inscripción se hace constar únicamente la filiación respecto del hombre cuyo material reproductivo había sido utilizado, pero finalmente, presentado un recurso, se consigue la inscripción de la filiación por parte de ambos. En Italia se había hecho constar la primera filiación, por lo que la pareja pide posteriormente la rectificación, y la respuesta del tribunal de apelación es afirmativa. El Abogado del Estado interpone un recurso de casación, y la *Corte di Cassazione* plantea una cuestión de constitucionalidad. La *Corte Costituzionale* no admite las cuestiones de constitucionalidad de los preceptos relevantes según su interpretación consolidada, conforme a la cual no se admite que pueda ser reconocida o declarada ejecutiva, por contravenir el orden público, la decisión extranjera relativa a la inclusión en la partida de nacimiento del menor la filiación del progenitor intencional no biológico. Cosa distinta es que este último progenitor sí pueda adoptar al menor. Se trata de establecer un equilibrio entre los intereses del menor y el interés del Estado en desincentivar el recurso a la gestación por sustitución. (R.P.C.)

CINQUE, M.: «Adozione in casi particolari: parentela tra “fratelli acquisiti”?», *NGCC*, 2021, núm. 1, pp. 78-90.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Menores de Bolonia de 3 de julio de 2020. El caso que se analiza es el de dos mujeres que mantienen una relación familiar junto con tres menores, una niña nacida mediante la fecundación in vitro de una de ellas y dos gemelos nacidos de la otra, que también se sometió a técnicas de reproducción asistida tiempo después. Solicitan el reconocimiento de la adopción de los respectivos menores por parte de quién no es madre biológica, el reconocimiento del parentesco de hermanos entre los tres, y, solo para la niña, la adición del apellido del adoptante posponiéndolo al apellido actual de la menor. El Tribunal admite la posibilidad de establecer el referido parentesco, así como la posposición del apellido del adoptante al apellido actual de la niña, todo ello en interés exclusivo de los menores. (R.P.C.)

GIACOBBE, E.: «Itinerari delle relazioni familiari tra Italia e Spagna», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1739-1771.

El artículo estudia la evolución del derecho de familia en los ordenamientos jurídicos italiano y español, especialmente en materia de responsabilidad civil en las relaciones familiares. En concreto, se analizan los distintos escenarios en que se plantea tal responsabilidad (promesa de matrimonio, nulidad matrimonial, incumplimiento de deberes matrimoniales y de obligaciones entre los cónyuges) y las soluciones a las que se han llegado en ambos sistemas. (A.M.M.)

GIBIRILA, D.: «L’absence de société créée de fait entre concubins, faute d’intention de s’associer», *SJ*, 2021, núm. 29, pp. 1408-1412.

Pareja de hecho que crea una sociedad externa sin intención de asociarse. Falta de consentimiento. (R.A.R.)

GOUTTENOIRE, A.: «L'accès à la parenté pour toutes .La révolution de la loi bioéthique du 2 août 2021», *SJ*, 2021, núm. 39, pp. 1717-1719.

La ley de bioética ha producido grandes cambios. Así, se han modificado términos en medicina de fertilidad; se ha modificado la donación de elementos y productos del cuerpo; se ha liberalizado la investigación con embriones humanos y células madre; se ha reforzado la información genética familiar; etc. (R.A.R.)

GUAINELLA, R.: «Coma vegetativo, consenso matrimoniale e amministrazione di sostegno», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1689-1721.

El artículo analiza si una persona en coma vegetativo puede contraer matrimonio mediante la declaración de quien la asiste en esa situación, cuando esa voluntad matrimonial no se ha manifestado realmente por parte de quien precisa de la asistencia, sino que es fruto de presunciones y de una reconstrucción de su querer interno realizada por quien ejerce la guarda. (A.M.M.)

IRTI, C.: «L'assegnazione della casa familiare nel processo di riforma del diritto di famiglia», *RTDPC*, 2021, núm. 4, pp. 1203-1218.

Análisis del Derecho de familia, en torno a los criterios de atribución de la vivienda familiar tras la ruptura de la relación de pareja. (M.R.D.R.)

LETTMAIER, S.: «A tale of Two Countries: Divorce in England and Prussia, 1670-1794», *Am. J. Comp. L.*, 2021, vol. 69, núm. 1, pp. 1-43.

Interesantísimo estudio que reconstruye desde la perspectiva histórico-comparada los diferentes modelos de divorcio en Prusia e Inglaterra. El trabajo enmarca las causas ideológicas y sociopolíticas que han dado lugar a las diferentes normativas. (A.F.)

LIBERATI BUCCIANI, G.: «Il ripudio islamico e l'ordine pubblico (internazionale)», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 381-395.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione de 7 de agosto de 2020, n.º 16804. Fundamentalmente, se establece que una decisión de repudio emitida por una autoridad religiosa, que se equipara a una sentencia judicial estatal según la ley extranjera, no puede ser reconocida por el ordenamiento jurídico italiano. Y ello por la infracción del orden público sustantivo y procesal. El primero, por la vulneración del principio de no discriminación entre hombres y mujeres. El segundo, por la disparidad en cuanto a la posibilidad de defensa y la ausencia de un procedimiento contradictorio. (R.P.C.)

MARINI, R.: «Tutela della privacy nel rapporto coniugale: in tema di prova dell'infedeltà coniugale», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1910-1915.

La tutela del derecho a la intimidad en el seno de la relación conyugal es objeto de estudio en este artículo, en el que se examina el equilibrio que debe establecerse en el marco procesal entre este derecho y el derecho a la tutela judicial efectiva del otro cónyuge en relación con la prueba de la infracción del deber de fidelidad y de otros hechos acaecidos en el contexto matrimonial. (A.M.M.)

MARINO, C.: «Le sezioni unite chiamate a pronunciarsi sul rapporto tra giudicato di divorzio e deliberazione delle sentenze ecclesiastiche», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 867-878.

El trabajo versa sobre el auto de la *Corte di Cassazione* de 25 de enero de 2020, n.º 5078, que reenvía la cuestión a las *Sezioni Unite*. En el litigio principal había recaído una sentencia de divorcio, estableciéndose una pensión alimenticia en favor de uno de los cónyuges. Mientras que el pronunciamiento sobre la disolución del vínculo devino firme, no lo hizo la cuestión relativa a la pensión, y, entre tanto, recayó sentencia eclesiástica declarando la nulidad del matrimonio. La cuestión jurídica se refiere a si los efectos de esta última sentencia de nulidad pueden ser paralizados por el pronunciamiento firme ya recaído, solo cuando hay consecuencias patrimoniales o también en ausencia de ellas, sin prejuzgar, en el segundo caso, que el juez civil pueda establecer las relaciones patrimoniales entre los ex cónyuges cuyo vínculo haya sido formalizado en un acto nulo. (*R.P.C.*)

MCNAMARAH, C. T.: «Misgendering», *CLR*, 2021, vol. 109, núm. 6, pp. 2227-2322.

Con la finalidad de valorar adecuadamente el colectivo «LGBTQ+», se realiza un estudio sobre los «errores de género» (*Misgendering*), destacándose las reticencias que pueden encontrarse incluso a nivel léxico-gramatical que este fenómeno genera. Se intenta contrarrestar estas visiones o interpretaciones posicionando la confusión de género también dentro de su contexto histórico. El trabajo ofrece al mismo tiempo una visión crítica e ilustra cómo la ley debe adaptarse a las medidas discriminatorias ligadas al fenómeno de *misgendering*. (*A.F.*)

MESSINA, S.: «Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1531-1566.

La autora examina de manera crítica la regulación nacional e internacional sobre reproducción asistida, centrándose en el análisis del posible reconocimiento de un derecho de procreación que debe contraponerse y equilibrarse con el interés superior del niño. La valoración del choque entre las prohibiciones establecidas por el derecho positivo en materia de reproducción asistida y los principios constitucionales, así como de los vacíos legales existentes no debe perder de vista el fenómeno del turismo reproductivo y su impacto actual, así como la importancia de la necesaria intervención del legislador para regular las cuestiones pendientes. (*A.M.M.*)

MINEO, J.: «L'incedere dell'autonomia negoziale nei rapporti familiari: brevi considerazioni sui patti prematrimoniali», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1566-1590.

Sobre el análisis de los pactos prematrimoniales, el artículo examina la evolución doctrinal y jurisprudencial hacia la admisibilidad y legalidad de estos acuerdos, que ponen de manifiesto la necesidad de establecer un equilibrio entre el respeto a la autonomía de la voluntad de los futuros contrayentes y la protección de sus derechos. (*A.M.M.*)

MORACE PINELLI, A.: «Note sparse intorno a una riforma del procedimento per l'affidamento dei minori», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1490-1504.

A la vista de las propuestas existentes de reforma, el artículo analiza de forma crítica la regulación de la custodia de menores. Se hace hincapié espe-

cialmente en determinadas lagunas existentes en la actualidad, tales como la necesidad de regular legalmente figuras como la llamada «custodia internacional» o de ampliar los supuestos de transformación del acogimiento de menores en adopción a casos distintos del de las parejas casadas. (A.M.M.)

— «È tempo di abrogare la separazione giudiziale», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 891-901.

Ensayo en el que se defiende la falta de necesidad de una separación judicial, cuando ha quedado descartada la indisolubilidad del matrimonio, se reconoce el divorcio, y se ha abandonado la noción de separación «por culpa». Y ello porque el divorcio y la separación son mecanismos que vienen a solucionar un mismo problema: una crisis conyugal sobrevenida. (R.P.C.)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra CEDU e corti nazionali», *NGCC*, 2020, núm. 4, pp. 830-841.

Se trata de un comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 13 de febrero de 2020, n.º 3643. La noción central sobre la que gira el estudio es la de semiabandono, situación en la cual el progenitor mantiene un papel activo y positivo con respecto al menor, pero que, por diversas circunstancias, resulta insuficiente para proveer a la completa satisfacción de sus necesidades; y cómo este hecho opera de cara al acogimiento y adopción del menor. (R.P.C.)

MUSTO, A.: «L'amministrazione di "sostegno" dei beni della comunione legale», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 448-459.

Contribución que se pregunta sobre una problemática derivada de una laguna legal, relacionada con la administración de los bienes de la sociedad conyugal. El autor dice que el legislador italiano ha previsto la hipótesis de la menor edad de uno de los cónyuges, la existencia de una prohibición, de un impedimento o de una ausencia. Por el contrario, no se ha previsto nada en caso de una provisión de apoyos en caso de discapacidad (*amministrazione di sostegno*): no está claro si hay una concentración de las facultades de administración por parte del otro. (R.P.C.)

PARICARD, S.: «La loi relative à la bioéthique du 2 août 2021: une modification substantielle mais relativement trompeuse du code civil», *RDS*, 2021, núm. 32, pp. 1685-1690.

Problemas de compatibilidad entre la ley de bioética y el Código civil. Necesidad de un acercamiento en materia de personas y parentesco. (R.A.R.)

PETERKA, N.: «La convention d'honoraires de résultat est un acte de disposition dont la signature est soumise à l'autorisation du juge des tutelles», *SJ*, 2021, núm. 28, pp. 1341-1344.

Persona sometida a tutela que firma un acto de disposición. No es un acto nulo sino que ha de ser sometido a la autorización del juez de tutela. Ampliación de la capacidad de la persona. (R.A.R.)

SPADAFORA, A.: «“Solve et repete” nella trama delle relazioni familiari», *DFP*, 2021, núm. 3, pp. 1288-1322.

El autor analiza la jurisprudencia dominante que califica de enriquecimiento injustificado las atribuciones patrimoniales que exceden a las necesidades ordinarias de la familia y que permiten aplicar el artículo 2041 del Código civil italiano. (A.M.M.)

— «L’incedere della causa familiare sul terreno della negozialità», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1788-1810.

El autor examina de forma crítica la creciente privatización del Derecho de familia puesta de manifiesto en la aceptación de figuras tales como los pactos prematrimoniales, así como el choque que la «causa familiar» introduce en la teoría general aplicable a los acuerdos de voluntad entre particulares. (A.M.M.)

THIENE, A.: «La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 636-644.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 4 de noviembre de 2019, n.º 28257. Esta decisión afirma que los menores tienen derecho a crecer en el seno de la propia familia, de tal manera que, para tomar una decisión sobre su integración fuera de su círculo familiar, el tribunal debe efectuar un análisis exhaustivo que tome en consideración la situación general de la familia. En el litigio planteado, el padre había sido declarado no idóneo para guardar a los menores por la violencia infligida a la madre y a los propios niños; mientras que los abuelos paternos, cuyo recurso es estimado por la *Corte*, habían sido objeto de un juicio negativo por su edad avanzada y por no haberse distanciado suficientemente del comportamiento de su hijo. (R.P.C.)

TORRONI, A.: «L’evoluto concetto di responsabilità genitoriale: poteri gestionali e ruolo del giudice tutelare», *DFP*, 2021, núm. 4, pp. 1880-1909.

El artículo analiza la evolución de la relación paternofilial y, en concreto, la creciente toma en consideración del interés del menor como necesario criterio rector de las decisiones de los progenitores. En esa línea, se examinan de forma crítica todos los actos realizados por los progenitores que actualmente requieren de autorización judicial. (A.M.M.)

TROIANO, S.: «Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta», *NGCC*, 2021, núm. 3, pp. 598-608.

Comentario al auto de la *Corte Costituzionale* de 11 de febrero de 2021, n.º 18, el cual, lejos de inadmitir la cuestión de constitucionalidad planteada, proclama que las dudas al respecto son fundadas, haciendo una serie de consideraciones que parecen dejar entrever lo que será la respuesta final. En este sentido, se plantea la constitucionalidad de la norma italiana que, a falta de acuerdo entre los cónyuges sobre el apellido de su descendencia, asigna automáticamente el apellido del varón. Se hace constatar la presencia de un contraste entre esta regla y la necesidad de garantizar la igualdad entre progenitores, la plenitud de la identidad personal del menor, y la salvaguarda de la unidad de la familia. (R.P.C.)

TUO, C. E.: «Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 676-686.

Con una perspectiva de Derecho Internacional Privado, el artículo explora el principio del interés superior del menor, especialmente en el marco del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1). No se olvida, sin embargo, de añadir como reflexiones finales unas referencias a la jurisprudencia, así como al Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DO L 178, de 2 de julio de 2019, p. 1) (*R.P.C.*)

VENUTI, M. C.: «La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 664-675.

La autora efectúa una serie de observaciones a propósito de la decisión de la *Corte Costituzionale* n.º 221/2019, de 18 de junio, que analiza la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley n. 40 de 19 de febrero de 2004, sobre técnicas de reproducción asistida. El tribunal italiano declara la validez de que la ley restrinja el acceso a tales técnicas a parejas heterosexuales que podrían procrear de manera natural si no fuese por la existencia de patologías que producen una esterilidad o infertilidad irreversibles; subrayando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso relacionado también con tales técnicas, afirmó que los Estados disponen de un gran margen de discrecionalidad en relación con áreas respecto de las que no existe un consenso a nivel europeo, así como la posibilidad de que un legislador nacional restrinja el acceso a las citadas técnicas de reproducción asistida al objetivo de solventar el problema de la infertilidad. (*R.P.C.*)

VILLANI, R.: «Trasferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi», *NGCC*, 2021, núm. 3, pp. 586-597.

Comentario al auto del Tribunal de Santa Maria de Capua Vetere de 27 de enero de 2021, de acuerdo con el cual, en materia de reproducción asistida, la separación de los cónyuges no legitima la revocación del consentimiento ya prestado por parte del marido, sobrevinida después de la fecundación del óvulo. En el caso controvertido, tras la fecundación de algunos ovocitos, las condiciones de salud de la mujer habían hecho necesaria la interrupción del proceso, crioconservando los cuatro embriones que se habían obtenido. Superados los problemas de salud, la mujer desea reanudar el proceso, a lo que se opone el marido, alegando como principal motivo la separación personal que se había producido en el ínterin. (*R.P.C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

AMADIO, G.: «Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività», *NGCC*, 2020, núm. 3, pp. 696-701.

Este breve ensayo expone la naturaleza declarativa o constitutiva de la partición hereditaria, al hilo de la referencia que hace a la cuestión la decisión de la *Corte di Cassazione* de 7 de octubre de 2019, n.º 25021. Frente a la primera postura, mantenida tradicionalmente y en principio asentada, sin perjuicio de la existencia de ciertas voces críticas, la Corte predica el efecto traslativo de la división. (*R.P.C.*)

AQUILE, D.: «Successioni mortis causa, norme di conflitto e circolazione dei modelli», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1056-1169.

Modelos de sucesión en el ámbito europeo de derecho comparado: relevancia y función del derecho internacional privado europeo de sucesiones y la legislación europea: ley aplicable, pactos sucesorios, límite de orden público, etc. (*M.R.D.R.*)

AZZARRI, F.: «Mutamenti della famiglia e diritto successorio», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1039-1056.

Reflexiones sobre el futuro del derecho de familia y derecho sucesorio: perspectiva de futuro de la sucesión forzosa y legitimaria y la posición del cónyuge viudo. (*M.R.D.R.*)

BARTOLINI, F.: «Le sanzioni nel’ autonomia testamentaria», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1091-1103.

Valoración de la libertad testamentaria y sus sanciones jurídicas y necesidad de una reforma del derecho sucesorio a favor de la autonomía de voluntad del testador. (*M.R.D.R.*)

BULLO, L.: «Legato dei “propri risparmi” e posizione della Banca depositaria», *NGCC*, 2021, núm. 2, pp. 407-416.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Génova de 20 de octubre de 2020. Según esta resolución, cuando el causante alude a los «ahorros dondequiera que estén depositados y para cualquier uso que sean empleados», no manifiesta la voluntad de atribuir una suma de dinero, sino el derecho a exigir el capital y los frutos civiles del depósito en cuenta corriente que existan el momento de abrirse la sucesión. El legado en cuestión es de especie, comportando la adquisición inmediata del bien por parte del legatario, sin necesidad de consentimiento del heredero o de solicitar nada a este. El legatario puede exigir el pago del crédito directamente al tercero deudor, en este caso una institución bancaria, subrogándose en la posición del causante sin necesidad de consentimiento de esta última. Lo mismo debe predicarse respecto de otros «ahorros» objeto de legado, como los títulos, acciones y fondos. El artículo 649, párrafo tercero, del *Codice Civile*, que establece que el legatario debe sin embargo solicitar al gravado la posesión de la cosa, no es aplicable cuando el heredero no es poseedor. (*R.P.C.*)

BUONANNO, L.: «Conto corrente bancario, credito ereditario e trasmissibilità della posizione contrattuale», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1137-1175.

Subrogación en la posición contractual bancaria del testador: solicitud de pago al banco del saldo de la cuenta bancaria y posición del heredero respecto de la comunidad hereditaria. (*M.R.D.R.*)

CONFORTINI, V.: «L'eredità digitale (appunti per uno studio)», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1087-1200.

Nuevas perspectivas del Derecho sucesorio y el ámbito de la herencia digital, a propósito del § 1922 BGB alemán, desde el principio de universalidad de la sucesión; especial reflexión sobre la cláusula de intransmisibilidad e “intuitus personae” y la regulación contractual con contenido digital. Observaciones sobre el caso Apple en Italia y la protección de datos personales post mortem. (*M.R.D.R.*)

CHRISTANDL, G.: «La tutela dei legittimari nel nuovo diritto delle successioni in Austria», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1229-1240.

Aspectos terminológicos y configuración de la legítima en el derecho austriaco: determinación, desheredación, renuncia, cuotas, efectos, cumplimiento. (*M.R.D.R.*)

GUASTALLA, E.: «Il diritto successorio tra questioni ancora aperte e nuove esigenze economico-sociali», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1018-1038.

Reflexión sobre la situación actual del derecho sucesorio en el estado italiano y en derecho comparado: observaciones sobre las instituciones sucesorias universales, particulares y cuotas legitimarias. (*M.R.D.R.*)

HAFTTEL, B.: «Successions internationales: le retour du droit de prélèvement?», *RDS*, 2021, núm. 39, pp. 2012-2016.

La corresponsabilidad en materia de sucesión internacional. Un estudio actual. (*R.A.R.*)

LAURENT, N.: «L'incerto futuro della riserva ereditaria nel diritto francese», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1202-1216.

Debilitamiento de la figura de la reserva hereditaria y propuesta de reforma en Europa Análisis de la l. 24 agosto 2021 francesa y artículo 913 CC y su equivalente en Derecho comparado europeo e internacional. (*M.R.D.R.*)

MARTINO, M.: «Attribuzioni mortis causa e complessità delle forme di redistribuzione sottese alla successione necessaria», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1057-1076.

Estudio del peso actual de la balanza entre sucesión forzosa y autonomía privada: pérdida de fundamento del derecho a la tutela de los legitimarios a favor de la voluntad testamentaria, y análisis de las figuras sucesorias de reducción y colación. (*M.R.D.R.*)

PATTI, C.: «Interpretazione e integrazione del testamento», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1104-1119.

Los instrumentos de interpretación e integración de la voluntad del testador, tras circunstancias sobrevenidas, para conseguir la conservación de los efectos del testamento. (*M.R.D.R.*)

ZUBERO, S.: «La volontà effettiva del testatore in presenza di circostanze sopravvenute nell'ordinamento giuridico spagnolo», *RDC*, 2021, núm. 6, pp. 1217-1227.

La interpretación jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre 2018, n. 531 e 28 septiembre 2018, n. 539, en favor de la ineficacia de la institución de heredero o de legatario de la pareja del testador, por circunstancias sobrevenidas en la relación de pareja. Aplicación del artículo 767 CC español para determinar la ineficacia testamentaria y revocación del consentimiento en la fecundación post mortem. (*M.R.D.R.*)

VARIA

STREBLER, J.P.: «Le droit de l'affichage brise la glace...», *RDI*, 2021, núm. 11, pp. 568- 572.

Publicidad de las asociaciones en zonas públicas. Panel publicitario y sus consecuencias en el medio ambiente. (*R.A.R.*)

VV.AA.: «Loi climat et résilience», *RDI*, 2021, núm. 10, pp. 512- 536.

Cambios en el contrato de obra como consecuencia de la protección del medio ambiente, límites en materiales y forma de construcción y la residencia frente a los ataques del entorno. (*R.A.R.*)

— «Regards croisés sur les déchets du BTP», *RDI*, 2021, núm. 9, pp. 456-467.

La tasa de corresponsabilidad por los escombros y desechos derivados de la construcción y reformas de edificios. Necesidad de planificación y gestión. (*R.A.R.*)

— «Code civil chinois et actualités du droit. Regards croisés franco-chinois», *SJ*, 2021, núm. 29 (Extraordinario), pp. 114.

Análisis de los 5 años de cooperación jurídica franco-china. Comienza con la introducción sobre los objetivos de esta cooperación y su desarrollo judicial y notarial; el código civil chino y la necesidad de una nueva interpretación, analizando las similitudes con el francés: en responsabilidad civil, contratos, cuasicontratos, resolución por incumplimiento, derechos de la personalidad y su protección, innovaciones en familia y sucesiones, bienes, arrendamiento, etc. También se analiza la evolución jurídica en protección de datos, propiedad intelectual, socialización del derecho, conflictos internacionales, y arbitraje. (*R.A.R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

D'AURIA, M.: «Il patto “verticale” di famiglia. Contributo sul tema della atipicità contrattuale», *CI*, 2021, núm. 3, pp. 793-833.

Escrito en un estilo denso, este trabajo se ocupa a lo largo de cuarenta páginas de un tema de escaso interés para el lector español, como es el de si resultan admisibles «pactos de familia» atípicos (nota: el pacto de familia supone una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios del art. 458 c.c. [v. nuestro art. 1271 II CC], por la que se permite que un empresario pueda transferir total o parcialmente la empresa a uno o varios descendientes, a condición de que éstos liquiden en efectivo la legítima al resto de descendientes que formen parte del pacto (arts. 768 bis y ss. c.c.)). (*E.G.P.*)

DE ANGELIS, L.: «Concetti e linguaggio nel diritto commerciale», *CI*, 2021, núm. 3, pp. 780-792.

Un trabajo entretenido de parte general, que pasa revista a algunas cuestiones clásicas del Derecho mercantil, tales como el concepto jurídico técnico de «empresa» o «sociedad», y pone de manifiesto cómo su uso se ha ido pervirtiendo no sólo en el lenguaje corriente (el italiano habla de «empresa» cuando quiere decir «empresario», del mismo modo que el español llama «empresa» a una «sociedad»), sino también, y lo que es más grave, en el legal (como el art. 3 de la Legge Fallimentare, que se refería a las «*imprese esercenti il credito*», cuando debía hacerlo a los «*imprenditori*»). (*E.G.P.*)

GUZZARDI, G.: «Forma organizzativa e assicurazione delle tutele nell'impresa familiare», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 659-681.

El artículo 230 bis del *Codice civile*, introducido en 1975, establece normas especiales de tutela de los parientes que trabajan al servicio de la empresa familiar. El artículo analiza la compatibilidad de estas normas con el ejercicio de la actividad empresarial a través de una sociedad en la que participen terceros ajenos a la familia. (*E.G.P.*)

MONTEROSI, M. W.: «La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali», *CI*, 2021, núm. 3, pp. 920-958.

Las peculiares características de los mercados *online* favorecen una acumulación de poder por parte de las plataformas de servicios digitales que redundan en perjuicio de los «usuarios profesionales». El artículo pasa revista a dos de los instrumentos predisuestos por el legislador europeo para proteger a estos usuarios frente a prácticas desleales o restrictivas de la competencia: el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) [COM(2020) 842 final]. (*E.G.P.*)

RAJNERI, E.: «Il vaccino anti Covid-19. La normativa speciale e il meccanismo di distribuzione dei rischi e dei benefici», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 490-522.

La vacuna contra la COVID-19 ha sido aprobada por un procedimiento de urgencia en el que se acortan significativamente los plazos de cada una de las fases del protocolo normal de experimentación, incrementándose con ello el riesgo de que se produzcan efectos secundarios adversos. El artículo analiza los mecanismos de distribución de ese riesgo entre los productores de las vacunas y los Estados que las adquieren, cuyo objetivo es evitar que acabe recayendo sobre las potenciales víctimas. (*E.G.P.*)

TEYSSIE, B.: «Le plan de vigilance. Trois années d'application», *RDS*, 2021, núm. 35, pp. 1823-1831.

La ley de 2017 obliga a las grandes empresas francesas a elaborar, publicar y aplicar medidas adecuadas de identificación de los riesgos y de prevención de los atentados contra los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el medio ambiente. (*R.A.R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ADDAMO, S.: «Passaggio generazionale nell'amministrazione delle S.r.l. a base familiare», *CI*, 2021, núm. 3, pp. 834-862.

Un trabajo ameno en el que la autora propone distintas técnicas para garantizar una adecuada sucesión generacional en la administración de las sociedades limitadas de base familiar: desde la previsión de una cláusula estatutaria que designe nominalmente al heredero que habrá de revestir el cargo de administrador a la muerte del *capofamiglia*, hasta la creación de participaciones privilegiadas que atribuyan a su titular la condición de administrador (entre nosotros, esto último podría lograrse mediante la creación de participaciones que otorguen al socio un voto plural en el acuerdo relativo al nombramiento de administradores, ex arts. 94 y 96 LSC). (*E.G.P.*)

ALPA, G.: «Responsabilità degli amministratori di società e principio di "sostenibilità"», *CI*, 2021, núm. 3, pp. 721-732.

El artículo es interesante y aborda un tema de rabiosa actualidad, como es el del papel que la «sostenibilidad» está llamada a desempeñar en el derecho de sociedades. Pero quizá el título no sea el más acertado, porque el problema de la incidencia que una gestión poco sostenible pueda tener sobre la responsabilidad de los administradores se aborda sólo de pasada y como reflexión final. Se trata, más bien, de una panorámica sobre la evolución de la «sostenibilidad» como concepto jurídico, y cómo el mismo ha pasado de condicionar tan sólo la acción de los Estados, a imponer deberes de conducta a los particulares, incluidas las sociedades mercantiles. (*E.G.P.*)

DAMMANN, R./BOS, T.: «Le Nouveau droit de la restructuration financière: les classes de parties affectées», *RDS*, 2021, núm. 37, pp. 1931-1783.

A raíz de la transposición de la Directiva europea 2019/1023/UE sobre reestructuración e insolvencia con la Ordenanza de 15 de septiembre de 2021 se han incluido en derecho francés el sistema de clases de partes afectadas. Cambia este derecho para las grandes empresas cambiando el sistema finan-

ciero para adoptar un plan de reestructuración de deuda, con dos conceptos innovadores: el de mejor interés del acreedor y el de prioridad absoluta. (R.A.R.)

CONTRATOS MERCANTILES

BELLISARIO, E.: «Affitto d'azienda, *lockdown* e allocazione del rischio: prime risposte della giurisprudenza», *NGCC*, 2020, núm. 6, pp. 1318-1329.

Comentario al auto del Tribunal de Roma de 29 de mayo de 2020, sobre una cuestión que ha generado abundante litigiosidad como consecuencia de las medidas adoptadas por los legisladores nacionales para contener la pandemia: la obligación del arrendatario de empresa de continuar pagando la renta aun cuando no pueda ejercer su actividad, total o parcialmente. El arrendador en el litigio se oponía alegando que ninguna de las medidas excepcionales tomadas por el legislador italiano preveía la posibilidad de suspensión o exoneración del pago, y que el contrato incluía una cláusula que exoneraba el arrendador ante un incumplimiento por su parte debido a fuerza mayor. El auto deniega que quepa acordar como medida cautelar el mero aplazamiento del pago de la renta, a pesar de la imposibilidad de utilizar el local durante el *lockdown*, al no haber una norma que prevea la suspensión del pago. Ahora bien, existe una peculiar hipótesis de imposibilidad parcial y temporal de la prestación, que da derecho al arrendatario a la reducción de la renta durante ese período, de acuerdo con el artículo 1464 del Codice Civile. (R.P.C.)

BOCCHINI, F.: «La c.d. mediazione atípica nel mercato immobiliare», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 400-421.

El Código civil italiano define al «mediador» como la persona que «pone en contacto a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar vinculado a ninguna de ellas por una relación de colaboración, dependencia o representación» (art. 1754). Lo que caracteriza a la figura es, pues, su independencia respecto de los eventuales contratantes. Por eso, no es de extrañar que en la práctica se hable de «mediación atípica» cuando el mediador se obliga contractualmente con el aspirante a vendedor o con el aspirante a comprador a buscarle una contraparte con la que cerrar la compraventa de un inmueble. Sin embargo, el autor considera que esta fórmula es errónea, ya que, en realidad, el *Codice* no regula un contrato típico de mediación, sino que se limita a disciplinar la *típica actividad* mediadora, que bien puede tener su origen en un contrato como el mandato sin que el mediador pierda por ello su independencia (simplemente estaría asumiendo el encargo contractual de mediar –i. e., de actuar de manera imparcial entre las partes– con vistas a formalizar el negocio). La conclusión no se hace esperar: la así llamada «mediación atípica» es, en verdad, un «mandato de mediación típica». Pero, en fin, poco provecho podrá sacar de todo esto el operador español (v. STS de 10 de enero de 2011). (E.G.P.)

BUGETTI, M. N.: «Il giudizio di vessatorietà della multa penitenziale prevista per il recesso del consumatore dal contratto di mediazione atípica», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 422-435.

El establecimiento de una penalización por desistimiento anticipado (*multa penitenziale*, art. 1373 III c.c.) en los contratos atípicos de mediación

inmobiliaria concluidos con consumidores (sobre los cuales, *vid. supra* la reseña a BOCCHINI, F., «La c.d. mediazione atipica nel mercato immobiliare», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 400-421) puede responder a dos finalidades: resarcitoria o sancionatoria. En este último caso, la cláusula deberá considerarse «vejatoria» y, por ende, nula (*ex art.* 36 del Codice del consumo; *cfr.* art. 83 TRLGDCU) cuando cause un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor (art. 33.1 del *Codice del consumo*; *cfr.* art. 82.1 TRLGDCU). Desequilibrio que no se verá compensado por el hecho de que la penalización esté prevista también a favor del consumidor, puesto que el mediador podría alcanzar el mismo efecto del desistimiento sin incurrir en sanción alguna, mediante el sencillo expediente de no hacer nada para promover la conclusión del negocio. (*E.G.P.*)

MANES, P.: «*Credit scoring* assicurativo, *machine learning* e profilo di rischio: nuove prospettive», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 469-489.

El artículo analiza las luces y sombras del uso de macrodatos (*big data*) y de la tecnología de aprendizaje automático (*machine learning*) en la calificación crediticia (*credit scoring*) de los clientes por parte de las compañías aseguradoras. (*E.G.P.*)

DERECHO CONCURSAL

BORGA, N./THERON, J.: «Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant?», *RDS*, 2021, núm. 34, pp. 1773- 2196.

La ordenanza traspone la directiva europea de reestructuración e insolvencia y entró en vigor en Francia el 1 de octubre de 2021, por lo que solo se aplica a los procedimientos nuevos no a los ya iniciados. Toda la regulación está en el Decreto n.º 2021-1218, de 23 de septiembre de 2021. (*R.A.R.*)

BRUNO, G.: «Gli accordi di ristrutturazione dei debiti», *CI*, 2021, núm. 2, pp. 436-468.

Este otro estudio de BRUNO, continuación del publicado en el número 1 de 2021, está dedicado a los acuerdos de reestructuración de deudas, de los que se examinan los presupuestos subjetivos, la eficacia frente a terceros, los intereses de las partes y el procedimiento de renegociación antes y después de la homologación judicial. (*E.G.P.*)

VALLENS, J.L.: «Sauvegarde des entreprises. Aspects internationaux de la réforme des procédures collectives par l'ordonnance du 15 septembre 2021», *RDS*, 2021, núm. 42, pp.2141-2147.

Estudio de Derecho internacional sobre la ordenanza de 2021 que traspone la directiva UE de reestructuración e insolvencia. (*R.A.R.*)

ABREVIATURAS

<i>Am. J. Comp. L</i>	American Journal of Comparative Law
<i>CLR</i>	California Law Review
<i>C.L.J.</i>	Cambridge Law Journal
<i>Colum. L. Rev.</i>	Columbia Law Review
<i>DFP</i>	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
<i>Dir. Aut.</i>	Il Diritto di Autore
<i>GP</i>	Gazette du Palais
<i>Harv. L. Rev.</i>	Harvard Law Review
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>NGCC</i>	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
<i>NLCC</i>	Le Nuove Leggi Civili Commentate
<i>Oxford J. Legal Stud.</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>RDC</i>	Rivista di Diritto Civile
<i>RDI</i>	Revue de Droit Immobilier
<i>RDS</i>	Recueil Dalloz Sirey
<i>RIDA</i>	Revue Internationale du Droit d' Auteur
<i>RTDC</i>	Revue Trimestrielle de Droit Civil
<i>RTDPC</i>	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
<i>SJ</i>	La Semaine Juridique
<i>Tul. L. Rev.</i>	Tulane Law Review
<i>Yale L. J.</i>	Yale Law Journal

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La manipulación de los estándares de emisión de gases a través de dispositivos electrónicos instalados en, aproximadamente, 11 millones de automóviles Volkswagen en todo el mundo, conocida como Dieselgate, ha supuesto uno de los mayores escándalos industriales de las últimas décadas. Con referencia a sus consecuencias jurídicas desde el Derecho Civil, la manipulación llevada a cabo por Volkswagen puede dar lugar tanto a reclamaciones contractuales como extracontractuales, y a remedios contra el vendedor y/o contra el fabricante. El examen crítico de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021 posibilita analizar temáticas que hoy en día son muy debatidas y difíciles de resolver, tales como el alcance del principio de relatividad de los contratos, los daños morales contractuales y la responsabilidad directa del fabricante no vendedor. Por una parte, respecto a los daños no patrimoniales derivados del incumplimiento contractual el problema no es ya su admisión sino las condiciones en las que su reparación será procedente. Por otra parte, en la actualidad es muy difícil construir la responsabilidad del fabricante no vendedor por la falta de conformidad del bien debido al principio de la relatividad de los contratos y a los limitados remedios que ofrece la normativa del Derecho Contractual. La decisión del Tribunal Supremo apunta argumentos jurídicos y criterios para solucionar ambas cuestiones.

PALABRAS CLAVE

Dieselgate, principio de relatividad de los contratos, daño moral contractual, responsabilidad del fabricante no vendedor, falta de conformidad, remedios por el incumplimiento contractual, consumidor.

Civil Law Analysis of Dieselgate (Concerning the Judgment of the Supreme Court of July 561/2021, 23th)

ABSTRACT

The manipulation of exhaust emission standards through electronic devices installed in about 11 million Volkswagen cars worldwide, labeled Dieselgate, has given rise to one of the greatest industrial scandals in the last decades. With reference to their legal consequences under Civil Law, the manipulation carried out by Volkswagen may give rise to contract as well as tort law claims and to remedies against the seller and/or the producer. The review of judgment of the Supreme Court of July 561/2021, 23th allows the analysis of issues that are currently highly debated and difficult to solve, such as the scope of the principle of relativity of contracts, non-pecuniary damages in contract law and the direct liability of the non-sending producer. On the one hand, regarding non-pecuniary damages in contract law the problem is not anymore that these kinds of damages are forbidden but the conditions under which their compensation should be done. On the other hand, nowadays it is very difficult to build the non-sending producer's liability for lack of conformity of the good due to the principle of relativity of contracts and to the limited remedies under Contract law. The decision of the Supreme Court points out legal arguments and criteria for solving both subjects.

KEYWORDS

Dieselgate, Principle of Relativity of Contracts, Non-Pecuniary Damages in Contract Law, Liability of the Non-sending Producer, Lack of Conformity, Remedies for Contractual Non-performance, Consumer.

SUMARIO: I. Notas introductorias.–II. Reflexiones a partir de la STS de 23 de julio de 2021. 1. Hechos. 2. Desestimación de las pretensiones del comprador demandante por parte del JPI y de la AP. 2.1. Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de anulabilidad del contrato. 2.1.1. Anulabilidad por error. 2.1.2. Anulabilidad por dolo. 2.2. Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de resolución por incumplimiento contractual. 2.2.1. Acción de resolución ex artículo 1124 del Código Civil. 2.2.2. Acción de resolución en virtud del TRLGDCU. 3. Argumentos del

Tribunal Supremo por los que sostiene la responsabilidad contractual de la empresa distribuidora. 3.1. Primer argumento: Reiteración de jurisprudencia sobre la responsabilidad contractual del fabricante. 3.1.1. Las acciones por falta de conformidad del TRLGDCU, instrumento carente de utilidad para sustentar la condena del fabricante a la reparación de los daños contractuales. 3.1.2. Modulación del principio de la relatividad de los contratos en la STS de 11 de marzo de 2020, primer pronunciamiento sobre el Dieselgate. 3.1.3. Análisis de las premisas de la STS de 23 de julio de 2021 para la afirmación de la responsabilidad contractual del fabricante. 3.2. Segundo argumento: La responsabilidad contractual del fabricante es extensible a la empresa distribuidora por actos propios. 4. Estudio de una posible alternativa: Responsabilidad extracontractual del fabricante. 4.1. Responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos en virtud del TRLGDCU. 4.2. Responsabilidad extracontractual del fabricante en virtud de la normativa del Código Civil. 4.3. Uso de la fórmula de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento alemán. 5. Condena por el Tribunal Supremo al pago por la distribuidora de una indemnización por el daño moral contractual. 5.1. Marco en el que ha de encuadrarse hoy la polémica acerca de la reparación del daño moral contractual. 5.2. Premisas del Tribunal Supremo en las que basa su decisión de condena a la reparación del daño moral contractual. 5.2.1. Primera premisa: adopción de un concepto de daño moral identificado con la lesión de bienes o derechos de la personalidad. 5.2.2. Segunda premisa: distinción entre contratos con contenido puramente económico y contratos sin dicho contenido. 5.2.3. Tercera premisa: en el incumplimiento de contratos con contenido puramente económico no cabe mantener con carácter general una imputación objetiva de los daños morales al deudor en virtud del criterio del fin de protección de la norma. 5.2.4. Cuarta premisa: en el incumplimiento contractual doloso el artículo 1107.II del Código Civil lleva consigo una ampliación de los criterios de imputación objetiva para determinar los daños objeto de reparación. 5.2.5. Conclusión. 5.3. Criterios para la fijación de la cuantía del daño moral contractual. 5.4. Posible indemnización de los daños materiales sufridos por el consumidor en los casos del Dieselgate.–Bibliografía.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Se ha señalado que el denominado Dieselgate es un evento sin precedentes, no solo en la industria de los automóviles, sino también en todo el Derecho Privado. El término Dieselgate, aunque no encierra una definición oficial, parece derivar del caso Watergate en EEUU, convirtiéndose en sinónimo de mentira y trampa¹. La motivación que tiene un civilista para adentrarse en el estudio de

¹ En este sentido PEDRAZZI, 2017, p. 113. El Watergate, que tuvo lugar en el año 1972 y dentro del ámbito de la campaña de reelección del Presidente Nixon, fue un plan llevado a cabo por agentes secretos al servicio del citado presidente, consistente en la colocación e intervención de teléfonos en las oficinas del Comité Nacional del Partido

esta temática coincide, sin duda, con las afirmaciones que realiza Carrasco Perera en el sentido de que «(...) *el Dieselgate es probablemente hoy el más apasionante reto que tiene por delante la arquitectura técnica del Derecho de Contratos y del Derecho de Daños. No porque se trate (...) de un asunto de primera magnitud social, sino porque plantea un reto jurídico resistente a ser resuelto con los recursos técnicos disponibles. Es la dificultad técnica lo que atrae del caso*»².

El 22 de septiembre de 2015 Volkswagen AG reconoce de modo público el fraude por ella cometido, que afectaba a 11 millones de vehículos fabricados por el grupo Volkswagen en Europa y en EEUU, desde el año 2008 hasta 2015³. Dicho fraude se descubre por causalidad, a través del estudio llevado a cabo por un equipo de investigación de la Universidad de Virginia Occidental en 2013, cuyos resultados presentaron en el congreso anual para expertos en emisiones, celebrado en San Diego a finales de mayo de 2014. En los momentos iniciales nunca se pensó por parte de los descubridores en la existencia de un engaño sino solo en un problema de carácter técnico de cierta importancia sufrido por la empresa fabricante alemana⁴. Tal fraude consistió en la configuración del software del motor de los vehículos de manera tal que las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) en los bancos de pruebas (esto es, permaneciendo el coche parado en laboratorio) se ajustaban perfectamente al límite de emisiones establecido en el Reglamento [CE] n.º 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo relativo a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros [Euro 5 y Euro 6] y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos⁵. Luego, sin embargo, en condiciones de conducción

Demócrata en Washington, con el fin de espiar a sus rivales políticos. Finalmente concluyó con la primera y, última hasta ahora, dimisión del máximo mandatario de EEUU.

² CARRASCO PERERA, 2021, 23/80 (consulta de la versión electrónica de la obra).

³ Consúltese http://www.volkswagenag.com/en/news/2015/9/Ad_hoc_US.html (fecha de consulta: 05/01/2022).

⁴ Explica EWING, 2017 (cito por la traducción al castellano de la obra de Ewing, hecha por GONZÁLEZ, 2017, p. 238) que, si en esos momentos iniciales, Volkswagen se hubiera comportado con honestidad y hubiera reconocido su conducta fraudulenta, el perjuicio a la reputación profesional y a la economía de la empresa tal vez hubiera sido menos grave de lo que fue luego. Según parámetros de otros casos similares, la fabricante alemana únicamente hubiera tenido que pagar una multa de cientos de millones de dólares, o tal vez solo de decenas de millones. Se habría llegado, además, a un acuerdo con la Agencia de Protección Ambiental de EEUU para proceder a la revisión de los coches afectados con el fin de que cumplieran la normativa de aire limpio. El público en general no habría sabido nada del problema hasta que se anunciase el acuerdo y la revisión. Pero Volkswagen calló durante largo tiempo para poder obtener el máximo beneficio económico derivado de su conducta fraudulenta.

⁵ DO 2007, L 171, p. 1.

real se superaban tales límites legales con un evidente perjuicio para el medio ambiente y la salud de las personas⁶. Gracias al software manipulador de emisiones, Volkswagen consiguió que los vehículos equipados con un motor EA 189 obtuvieran la homologación de tipo prevista por la normativa europea.

El artículo 5.2.a) del citado Reglamento permite, excepcionalmente, el uso de dispositivos que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones cuando la necesidad de tales dispositivos quede justificada como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo⁷. Pero en los vehículos Volkswagen no quedaba justificada la instalación del dispositivo de desactivación por concurrencia de esta causa, de modo que era ilegal al vulnerar la normativa europea⁸.

Aunque el Dieselgate puede ser analizado desde diversas perspectivas jurídicas, entre otras, como una infracción administrativa por atentado al medio ambiente o daño a la salud pública, o como un acto de publicidad engañosa y práctica desleal, aquí voy a restringirme a estudiar el problema desde los remedios que proporciona la disciplina del Derecho Civil, en especial, a partir del análisis de la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021, que resuelve la reclamación individual contra las empresas distribuidora y vendedora, llevada a cabo por el comprador de uno de los vehículos equipados con el software ilegal⁹. Es la segunda sentencia dictada por la Sala de lo Civil en el caso Dieselgate y, como se verá, se apoya, en buena medida, para establecer la res-

⁶ Es verdad que los motores diésel de Volkswagen producían menos dióxido de carbono que los motores de gasolina equivalentes, por lo que contribuían menos al calentamiento global, pero, por el contrario, emitían cantidades mucho mayores de los tóxicos óxidos de nitrógeno (NOx) que los coches de gasolina, así como partículas cancerígenas de hollín muy finas. Véase EWING, 2017, pp. 206-212.

⁷ «Estará prohibido el uso de dispositivos de desactivación que reduzcan la eficacia de los sistemas de control de las emisiones. La prohibición no se aplicará cuando: a) la necesidad del dispositivo se justifique como protección del motor contra averías o accidentes y en aras del manejo seguro del vehículo (...)».

⁸ Por ejemplo, consúltese sobre el carácter ilegal del dispositivo Volkswagen la STJUE de 9 de julio de 2020 C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation vs. Volkswagen AG* (ECLI:EU:C:2020:534).

⁹ RJ 2021/3583 (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena). Al lado de las reclamaciones individuales de consumidores también se han iniciado sistemas de litigación colectiva en EEUU, mucho más exitosos que los interpuestos en Europa. Sobre ello extensamente ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, pp. 1 ss. El escándalo del Dieselgate y la necesidad de revisión, ante sus carencias, del marco de la protección colectiva del consumidor europeo están detrás, sin duda, de la aprobación de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Sobre ella véase LÓPEZ JIMÉNEZ, *LL*, 2021. Tal Directiva, que debe ser transpuesta el 25 de diciembre de 2022 para la aplicación de los regímenes nacionales a partir de 25 de junio de 2023, resuelve en sentido afirmativo la cuestión polémica de si las acciones de representación pueden comprender, además de la cesación de prácticas empresariales lesivas, la reparación de los daños causados a un conjunto de consumidores.

ponsabilidad contractual del fabricante por la instalación del software ilegal, que hace extensible a la distribuidora, en la doctrina sentada por su primera sentencia, igualmente de pleno, de 11 de marzo de 2020¹⁰.

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer una panorámica, bien de la inutilidad, bien de la limitación, de los distintos instrumentos que hoy existen desde la perspectiva jurídico-civil para sustentar la condena de la empresa fabricante a la citada responsabilidad contractual, algunos de ellos puestos de manifiesto a lo largo del iter procedimental y otros, por el contrario, no.

II. REFLEXIONES A PARTIR DE LA STS DE 23 DE JULIO DE 2021

1. HECHOS

Los antecedentes completos del caso se encuentran recogidos en el Fundamento primero de la sentencia.

El 18 de agosto de 2008 el demandante celebró con M. Conde Premium S. L. (concesionario oficial de vehículos de la marca Audi perteneciente al grupo de automoción Volkswagen AG) un contrato de compraventa de un vehículo Audi modelo A3, equipado con un motor diésel tipo EA 189 fabricado por Volkswagen AG. El precio de tal vehículo fue 37.920, 01 euros, y se financió por medio de un préstamo concertado con una determinada entidad financiera. En aquel momento Volkswagen-Audi España (en adelante Vaesa), sociedad participada al 100% por Volkswagen AG a través de otras sociedades del grupo, se encargaba de la distribución en España de los vehículos de la fabricante alemana y, a la vez, de los servicios de postventa.

Tras la admisión pública del fraude por Volkswagen AG en 2015, el comprador demandante pudo comprobar, a través de la propia página web de Audi, que su vehículo era uno de los afecta-

¹⁰ RJ 2020/752 (Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena). CORRAL GARCÍA, *Práctica de Derecho de Daños*, 2021, p. 2, llama la atención sobre la escasa indemnización concedida en sus dos decisiones por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a los dos consumidores individuales demandantes (500 euros por el daño moral), frente al primer pronunciamiento judicial aplicando la legislación mercantil, y a instancia de una asociación de consumidores. Así, la sentencia del Juzgado n. 1 de lo Mercantil de 25 de enero de 2021 estima íntegramente la demanda planteada por la OCU contra Volkswagen España, condenando a ésta a indemnizar a cada consumidor asociado a la OCU (7.543 compradores) con la cantidad de 3.000 euros (1.500 en concepto de daños patrimoniales y 1.500 en concepto de daños morales), al entender que la manipulación del software de medición de gases contaminantes supone un acto de competencia desleal.

dos con la instalación del software ilegal. Asimismo, el adquirente recibe la siguiente carta procedente de Vaesa:

«Información sobre motores Diésel EA 189.

A la atención de: Pedro Jesús.

En el marco del seguimiento de la incidencia de los motores Diésel EA 189 y con el compromiso de mantener la máxima transparencia con nuestros clientes, queremos informarle de que su Audi A4 con bastidor NUM000 incorpora el software, al que se ha hecho referencia en las distintas comunicaciones del Grupo Volkswagen.

Tenga la tranquilidad de que su Audi es completamente seguro desde el punto de vista técnico y apto para la circulación. No obstante, su Servicio Oficial deberá implementar en el vehículo la solución técnica que Volkswagen AG ha desarrollado para asegurar así el cumplimiento de los estándares aplicables en relación a las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx).

En el caso de los motores 2.0 TDI, como el que monta su vehículo, se requiere actualizar el software de la unidad de control.

El esfuerzo de Volkswagen AG está ahora centrado en suministrar progresivamente todas las actualizaciones de software desarrolladas para cada modelo y versión, así como en equipar a la Red de Servicios Oficiales para llevar a cabo dicha intervención. Volkswagen AG estima finalizar este proceso en los próximos meses.

Tan pronto como nuestros Servicios Oficiales estén preparados, contactaremos con usted para que pueda solicitar cita previa en el taller para su Audi A4 2'0 TDI. El tiempo estimado de esta intervención será únicamente de media hora. Por supuesto, Volkswagen AG se hará cargo de todos los costes de esta intervención.

Permítanos volver a insistir en que su Audi es completamente seguro desde el punto de vista técnico y apto para la circulación.

Queremos trasladarle en nombre de Volkswagen AG sus más sinceras disculpas. El Grupo Volkswagen lleva muchos años dedicado a crear los automóviles más avanzados y seguros para nuestros clientes, por lo que tenga presente que va a hacer todo lo que esté en sus manos para recuperar su confianza y su vínculo con nuestra marca.

Esperamos contar con su comprensión.

Reciba un cordial saludo,

Ignacio.

Director de Audi España.»

En el mes de mayo de 2016 el comprador interpone una demanda de juicio ordinario frente a la vendedora, M. Conde Premium S. L., y frente a Vaesa en calidad de fabricante del vehículo (aunque en realidad era la empresa distribuidora del mismo). Como pretensión princi-

pal el demandante solicita en la demanda la declaración de la nulidad del contrato de compraventa o, alternativamente, la resolución del mismo por incumplimiento y, en uno y otro caso, la condena a la parte demandada al pago de la indemnización de 11.376 euros por los daños morales sufridos y 6.644, 71 euros por los intereses y los gastos de financiación desembolsados por el comprador. Y, como petición subsidiaria, si no es estimada la pretensión de nulidad o de resolución por incumplimiento contractual, la condena a la parte demandada, además de al abono de los aludidos daños morales y gastos de financiación, a reparar los daños y perjuicios causados por la depreciación del valor del vehículo, estimados en la cantidad de 15.020, 12 euros, más los intereses legales pertinentes en cualquiera de los supuestos.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Leganés dicta sentencia, de fecha 5 de junio de 2017, desestimando la demanda frente a la distribuidora Vaesa y frente a la vendedora M. Conde Premium S. L., imponiendo las costas del procedimiento a la parte demandante. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, de 14 de marzo de 2018¹¹ confirma la sentencia de primera instancia en todos sus pronunciamientos, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en alzada. El comprador interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo condena de forma exclusiva a la distribuidora (Vaes), en virtud de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual del Código Civil (en adelante CC), a indemnizar al demandante con la cantidad de quinientos euros (500 €) por el daño moral sufrido.

2. DESESTIMACIÓN DE LAS PRETENSIONES DEL COMPRADOR DEMANDANTE POR PARTE DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Y DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que es confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial, desestima la demanda interpuesta por el comprador demandante. Por una parte, sostiene que, al poseer naturaleza contractual todas las acciones ejercitadas en la demanda, Vaesa, en calidad de distribuidora, carece de legitimación pasiva al no haber sido parte en el contrato de compraventa del vehículo, en virtud del principio de la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC). Por otra parte, respecto a la vendedora (M. Conde Premium, SL), el tribunal argumenta que no concurren los

¹¹ JUR 2018/165280 (Ponente: Ilma. Sra. Paloma García de Ceca).

requisitos sustantivos exigidos por la normativa para poder estimar la acción de anulabilidad, la acción de resolución por incumplimiento contractual y la pretensión de indemnización de daños y perjuicios (tanto morales como patrimoniales). Con posterioridad, el comprador demandante, al formular el recurso de casación contra la distribuidora y la vendedora, abandona las pretensiones ejercitadas en su demanda referentes a la anulabilidad del contrato de compraventa, a la resolución por incumplimiento contractual y a la indemnización de daños patrimoniales, manteniendo de forma exclusiva la pretensión de indemnización de daños morales contractuales.

Tal y como se ha puesto de relieve con carácter general respecto a los casos de publicidad engañosa y, como podrá apreciarse en las páginas que siguen, los remedios del derecho común de obligaciones y contratos ofrecen un margen estrecho y complejo para dar solución a la decepción o a la insatisfacción del consumidor; afirmación, aún si cabe más cierta, si la declaración falsa o inexacta procede de un tercero (anunciante no parte contratante)¹². Además, tales remedios llevan aparejada la dificultad del cumplimiento de todos los requisitos requeridos tanto legal como jurisprudencialmente para su operatividad¹³. En este epígrafe me limito a analizar, de forma breve, los argumentos sustantivos mantenidos por las sentencias de instancia para desestimar la acción de anulabilidad y la de resolución por incumplimiento contractual frente a la empresa vendedora, posponiendo para los siguientes epígrafes del presente comentario la profundización en el resto de cuestiones que sí se plantean y resuelven en la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo. Así, la legitimación pasiva de la distribuidora (Vaesa) y la pretensión de indemnización de los daños morales contractuales. También, por razones lógicas de proximidad material con la reparación de los daños morales contractuales y, aunque no se alude a ellos en el recurso de casación, estudiaré, con posterioridad, la indemnización de los diferentes daños materiales que pueden plantearse en los litigios concernientes al Dieselgate.

2.1 Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de anulabilidad del contrato

Con carácter general puede compartirse la afirmación de que, en estos casos del Dieselgate, no parece oportuno admitir el ejerci-

¹² En este sentido LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 866.

¹³ Así lo entiende CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, p. 511.

cio de acciones que lleven consigo una pretensión de restitución de las prestaciones originales de las partes contratantes, en cuanto el propio fabricante alemán se ofreció (en España, en particular, a través de la carta remitida por la distribuidora Vaesa a los adquirentes afectados) a suprimir la lesión al comprador, causada por el error o el dolo, por la vía de la reparación del coche durante media hora en el taller de los servicios oficiales de su localidad y de forma gratuita, en cuanto la interposición de tales acciones seguramente podría implicar un cierto abuso de derecho¹⁴.

A mi juicio, como se verá más adelante, la cuestión va estrechamente ligada a la conveniencia de aplicar a este tipo de casos del Dieselgate, antes que los remedios que implican desvinculación o extinción del vínculo contractual, los remedios por falta de conformidad del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), que establece un orden jerárquico dirigido, en primer lugar, al cumplimiento *in natura* de la prestación (reparación o sustitución del bien). Tal forma de cumplimiento parece mucho más adecuada por la naturaleza del interés comercial aquí frustrado. El primer problema para su aplicación se presenta porque en la práctica totalidad de los casos del fraude del software ilegal de Volkswagen las acciones por falta de conformidad del TRLGDCU habían prescrito ya en el momento de la interposición de las demandas.

2.1.1 ANULABILIDAD POR ERROR

En los pleitos resueltos sobre el Dieselgate es frecuente solicitar la anulabilidad del contrato de compraventa del vehículo alegando por el comprador demandante tanto el error padecido como el dolo. En estos supuestos nos encontramos ante una hipótesis en la que resulta complicada la delimitación entre el error y el dolo, porque en ellos el comportamiento doloso del fabricante Volkswagen AG provoca el error del adquirente. El error que es originado por el dolo causará ya por sí mismo, y sin necesidad de recurrir al

¹⁴ En este sentido CARRASCO PERERA, 2021, 23/92. De la misma opinión PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1184. Sin embargo, el JPI n.º 4 de Manacor en su sentencia 180/2017 de 5 de enero, que anula por error el contrato de compraventa del vehículo, condenando, tanto a Motor Insular, S.L. como a Volkswagen Audi España, SA, a abonar al comprador, con carácter solidario, el precio del automóvil más los intereses legales, y al comprador a la devolución del vehículo a Motor Insular S. L., considera en el fundamento 4.º que «(...) la posibilidad de subsanación de la incidencia mediante una reconfiguración del software en los talleres oficiales resulta irrelevante a los solos efectos del ejercicio de las acciones de anulabilidad y resolución» (LL, n.º 9140, 15/02/2018) (laleydigital.es).

remedio del dolo, la anulabilidad del contrato¹⁵, siempre que se den, claro, los presupuestos exigidos por el ordenamiento para el éxito de tal pretensión.

En el supuesto objeto de este comentario la argumentación dada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que es confirmada por la Audiencia Provincial, para desestimar la pretensión de anulabilidad por error como vicio del consentimiento es la siguiente: *«Respecto del fondo del asunto, la pretensión de nulidad del contrato de compraventa, atendida la doctrina jurisprudencial en torno al error como vicio del consentimiento, requiere que dicho error recaiga sobre la sustancia de la cosa, o sobre sus condiciones esenciales que hubieran sido causa principal para contratar, y en el supuesto enjuiciado no está acreditado que el nivel de emisiones en óxido de nitrógeno medido en laboratorio fuera causa relevante de tal adquisición»*.

El planteamiento general que llevan a cabo los consumidores en sus demandas es, por el contrario, que el volumen de emisiones declaradas en el momento de la venta del vehículo fue determinante en orden a tomar la decisión de su compra y que, siendo finalmente el valor de las emisiones distinto a aquel que se les prometió cuando adquirieron el vehículo, incurrieron en error como vicio del consentimiento. La argumentación de las dos primeras instancias en nuestro caso, ya apuntada en el párrafo anterior, alude a uno solo de los requisitos exigidos para que el error permita a uno de los contratantes desvincularse del contrato. En particular, al de la esencialidad del error recogido en el artículo 1266 CC, de modo que este precepto señala, en caso de que el error se refiera al objeto del contrato, que el mismo recaiga *«sobre la sustancia de la cosa (...) o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran dado motivo a celebrarlo»*, es decir, a que el error posea cierta magnitud o importancia¹⁶.

Los pronunciamientos judiciales que han resuelto litigios del Dieselgate han considerado, de forma prácticamente unánime, que no se cumple el requisito de que el error sea jurídicamente relevante, en la medida en que no suele acreditarse que el demandante

¹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, 1991, p. 148 § 195.

¹⁶ Como es conocido, doctrina y jurisprudencia coinciden en requerir, aunque no venga recogido de forma expresa en la normativa reguladora del error del CC, en que, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, ha de ser excusable (además de esencial). Explica MORALES MORENO, «Artículo 1266 CC», 1993, p. 463, que la jurisprudencia exige al que sufre el error que cumpla la diligencia media o regular, pero también tiene en cuenta la conducta desarrollada por la otra parte contratante. A su juicio, si el otro contratante provocó dolosamente el error, ello va a tener una repercusión evidente en el nivel de diligencia respecto a la víctima del error. En todo caso no hay duda de que en los pleitos relativos al Dieselgate el error de los compradores es excusable.

tenga especial preocupación por el medio ambiente o que sea un ecologista activo y que, por tanto, este haya sido el motivo determinante en su adquisición. A ello añaden la argumentación de que no hay gran diferencia en el volumen de emisiones contaminantes de los vehículos afectados respecto a otros de su misma gama y que, además, el vehículo es apto para el fin principal perseguido al contratar (la circulación)¹⁷. Ejemplificativa en este sentido es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 11.ª) núm. 289/2017 de 31 de julio¹⁸. El comprador adquiere un vehículo Tiguan Cross 2.0 de la marca Volkswagen, en cuyo folleto, en su edición de febrero de 2013, se incluyen sus características y especificaciones, entre ellas las relativas al exterior (llantas, motor, interior, tren de rodaje, caja de cambios, seguridad, multimedia, confort) y, en lo que aquí interesa, la consignada como «BlueMotion Technology», que es descrita en varios puntos. En uno de ellos, y bajo la rúbrica «Reduce. BlueMotion Technologies», se hace constar que en Volkswagen la tecnología más eficiente posee un nombre propio («BlueMotion Technologies») con un claro propósito: la minimización de las emisiones de CO₂. Para este objetivo –se explica– la fabricante alemana explora distintas tecnologías y combustibles destinados a conseguir la máxima eficiencia, disminuir progresivamente el uso del petróleo y reducir notablemente las emisiones de CO₂.

Hay, además, en el folleto un segundo punto, con el rótulo de «Compensa. Programa Neutral CO₂», y tras hacerse referencia a un proyecto de la ONU llamado «Plantemos para el Planeta», incluye a pie de página una aclaración detallada sobre los bosques «Think blue», que concretan el compromiso de la fabricante alemana con el medio ambiente, situados en dos concretas zonas de España destruidas por la aridez y erosión a raíz del cambio climático, en las que se plantan árboles incluidos en las diferentes iniciativas de dicho programa Neutral CO₂, pasando a describir, a continuación, dicho programa. Volkswagen ofrece a través de este último varias iniciativas para neutralizar el CO₂ que se emite al circular y conseguir así una movilidad sostenible. El folleto acaba señalando: «La sostenibilidad, un objetivo prioritario».

El fundamento 4.º de la citada sentencia desestima la pretensión de nulidad relativa del contrato de compraventa por la alegación del error como representación mental equivocada que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato. Entiende

¹⁷ En este sentido también CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p. 8.

¹⁸ AC 2017/1414 (Ponente: Ilma. Sra. Susana Catalán Muedra).

que para tal anulación ha de haberse probado que el error es esencial, en el sentido de proyectarse sobre aquellos presupuestos –respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato– que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Ahora bien, explica que si dichos motivos o móviles no pasaron de meramente internos, en cuanto propios de uno de los contratantes, o, dicho de otra forma, no se objetivaron elevándose a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento¹⁹.

Alega en su demanda el adquirente que optó por la compra del vehículo comercializado por la demandada considerando, precisamente, que el vehículo era respetuoso con el medio ambiente y que él llegó a pagar hasta 6.000 euros más atendiendo al precio que tienen otros vehículos de similar clase. Desde luego parece claro que la apreciación del carácter esencial del error ha de determinarse en función de cada contrato, y que ello implica una tarea de interpretación acerca de qué elementos fácticos pueden estimarse incorporados al contrato y cuáles reúnen el requisito de esencialidad²⁰. Para el desarrollo de esta tarea interpretativa, y dentro de los elementos objetivos a considerar, el principio de la buena fe exige que las afirmaciones publicitarias (muy claras en este caso judicial concreto en relación con la adecuación del coche fabricado por Volkswagen para la sostenibilidad al medio ambiente) sean tomadas en consideración, incluso aunque no consten expresamente en el contrato, con tal de que tales afirmaciones hayan podido influir razonablemente en el comprador del vehículo²¹. Si un comprador adquiere un coche que se le ofrece como ecológico en la publicidad, pagando un precio más elevado en correspondencia con dicha cualidad, y luego al final el coche resulta que no posee este carácter

¹⁹ La tesis más correcta para comprender hoy la esencialidad del error no ha de ser tanto la que considera el error como un problema exclusivo del contratante que lo sufre (es decir, basta con que el error sobre una cualidad sea de importancia decisiva para la celebración del negocio para dicho contratante, sin necesidad de que se lo haya transmitido a la otra parte) sino aquella que estima que, además, el error en sí mismo ha de constituir la base del negocio. Como señala FENOY PICÓN, *ADC*, 2017, p. 646, el primer autor que se aleja de la tesis subjetiva a la hora de interpretar la esencialidad del error es DE CASTRO Y BRAVO (1991, p. 11). El error ha de incidir, pues, en lo que MORALES MORENO (1988, pp. 199 ss) denomina las presuposiciones del contrato, concernientes al objeto o a la persona del otro contratante, es decir, en la realidad tomada en cuenta en el contrato, de modo expreso o implícito, para establecer la organización contractual de intereses. Las presuposiciones incorporan al contrato ciertos motivos relevantes de los contratantes y su falta de presencia impide alcanzar el resultado concreto que el negocio perseguía. No pueden confundirse las percepciones de la realidad que se haga cada uno de los contratantes con las presuposiciones del contrato, de modo que aquellas no tendrán relevancia si no se han incorporado al contrato como presuposición.

²⁰ En este sentido MORALES MORENO, 1988, p. 204.

²¹ Al respecto y con carácter general MORALES MORENO, 1988, p. 207.

ecológico, que ha sido precisamente el que ha conducido al comprador a decidirse por ese vehículo, el error sí ha podido adquirir significación jurídica en la medida en que constituye una presuposición del contrato²².

Otra cosa distinta será que no se estime probado en cada caso concreto que la cualidad de ecológico del vehículo sea la causa determinante para su adquisición. En este sentido, según la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, no queda acreditado el superior valor del vehículo respecto de otros, ni que ese mayor precio se deba a esa concreta característica del respeto medioambiental y no a las restantes que incluye el folleto, tales como los aspectos interior o exterior, el tren de rodaje, la caja de cambios, el sistema multimedia o los dispositivos de seguridad que equipan el coche. Tampoco resulta probado que el carácter ecológico del vehículo sea determinante de la compraventa acudiendo al mecanismo de las presunciones, por cuanto se ofertaba un programa «Neutral CO₂» que no fue suscrito por la parte demandante, limitándose a acogerse a un programa opcional de coste cero (1 árbol de serie para los bosques «Think Blue» y cuidado como mínimo durante 30 años). Tampoco se prueba la adopción por el comprador de alguna medida tendente a evitar esas superiores emisiones al medio ambiente una vez fueron por él conocidas, con perjuicio para su salud, la de su familia y la de terceros.

En cualquier caso, señala el tribunal, el vehículo sigue produciendo emisiones inferiores a dos tercios respecto de los vehículos que componen el parque móvil, por lo que, aun cuando se considerara elemento esencial del consentimiento emitido por el actor el carácter respetuoso del vehículo con el medio ambiente, dicha característica la cumple, por lo que en el consentimiento prestado por la actora al tiempo de perfeccionarse el contrato no cabe concluir representación errónea alguna²³.

Se ha considerado un acierto la decisión prácticamente unánime de los tribunales españoles en las sentencias que resuelven los casos de Dieselgate de entender, con carácter general, que la conciencia medioambiental no constituye un elemento determinante

²² Sobre el problema más complejo de la incorporación de la publicidad al contenido del contrato y la responsabilidad del vendedor a raíz de las faltas de conformidad del bien que tienen su origen en la publicidad de un tercero (por ejemplo, fabricante) a la luz del TRLGDCU profundizaré más adelante en el presente trabajo. El vendedor será responsable en principio de la falta de conformidad del bien respecto de las declaraciones públicas hechas por el productor.

²³ En similar sentido se pronuncian las SSAP de Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio (JUR 2019\249875, Ponente: Ilmo. Sr. D Ramón Fernando Rodríguez Jackson), Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 107/2017 de 11 de abril (AC 2017/794, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez) e Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre (JUR 2017\290025, Ponente: Ilma. Sra. Covadonga Sola Ruiz).

en la contratación dentro del sector automovilístico²⁴. Pero esta conclusión no parece tan adecuada, sin embargo, para aquellas clases de vehículos que se han comercializado como reflejo de la imagen «eco friendly», en la medida en que el adquirente del vehículo no solo quiere un coche sino que la opción por él elegida fue la que respetaba el medio ambiente, incluso pagando más por ello²⁵. Desde otra perspectiva distinta se ha entendido por la doctrina alemana²⁶ que un comprador ordinario que adquiere un coche creyendo que este cumple con la normativa comunitaria relativa al estándar de emisiones contaminantes ha sufrido de forma indubitada un error en este extremo en virtud del §119 (2) BGB. Según este párrafo, como error sobre el contenido de la declaración vale también el error sobre aquellas cualidades de la persona o del bien que en el tráfico se estiman como esenciales²⁷. No obstante, en la práctica no cabría una demanda por este cauce en el ordenamiento alemán en la medida en que la acción de anulabilidad por error estaría excluida cuando existe, a la vez, una responsabilidad por falta de conformidad del bien, circunstancia esta que caracteriza, a mi juicio, este tipo de pleitos relativos al Dieselgate²⁸.

²⁴ PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1182.

²⁵ En un artículo recientemente publicado, basado en el estudio «Go Electric» elaborado por Ford, se estima que el 40% de los españoles considera un factor determinante la sostenibilidad medioambiental a la hora de adquirir un vehículo, cifra que se incrementa considerablemente en el segmento de edad situado entre los 18 y los 24 años (se eleva al 73%) y entre los mayores de 55 (el 89% ya lo considera un factor a tener en cuenta) (consúltese tal estudio en «El 40% de los españoles considera la sostenibilidad medioambiental a la hora de adquirir un vehículo», *LL*, 2/11/2021). No obstante, la SAP Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre (AC 2018/1571, Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera), que desestima la pretensión de anulabilidad por error del comprador, señala que la creciente sensibilidad ecológica no puede llevar a desconocer que una gran parte de los consumidores compradores de vehículos lo hacen por la relación calidad-precio, es decir, por la relación de las prestaciones del vehículo con el precio del mismo, y que la mayor o menor emisión de gases contaminantes es un factor secundario o irrelevante en su compra. Parece que no hay prueba de que el comprador, en este litigio concreto, estuviera especialmente sensibilizado por el tema ecológico y que, por tanto, la emisión de gases contaminantes haya podido ser un factor relevante y decisivo en su decisión de adquirir el coche.

²⁶ SCHMID, 2017, p. 35.

²⁷ §119 (2) BGB: «Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden». Este precepto es reflejo del pensamiento de Savigny y de su intento de reelaborar el concepto romano de error «in substantia». En su concepción los criterios del tráfico van a constituir la medida para determinar el carácter esencial del error. Véase MORALES MORENO, 1988, pp. 194-196. Explica este autor la insatisfacción que este criterio supone al considerar un error esencial el que solo se refiera a cualidades significativas en el tráfico, pero sin que exista ninguna clase de vínculo exteriorizado y objetivo entre esas cualidades y el contrato. Ahora bien, el hecho de que no sea útil esta concepción del derecho alemán para el ordenamiento español no significa en absoluto, a su juicio, que no haya de otorgarse a los criterios del tráfico un determinado valor en la prueba del error.

²⁸ En cuanto al derecho alemán en este extremo véase la nota de Derecho Comparado de los artículos 4:119 de los *Principles of European Contract Law* (en adelante PECL) (LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 285) y del II-7:216 del *Draft Common Frame of Reference*

2.1.2 ANULABILIDAD POR DOLO

La argumentación del Juzgado de Primera Instancia, que es confirmada por la Audiencia Provincial, para desestimar la pretensión de anulabilidad por dolo como vicio del consentimiento planteada por el comprador demandante se desdobra en dos afirmaciones: «(...) *La concurrencia de dolo o engaño en relación con el artículo 1269 CC exigiría que la maquinación insidiosa induzca a contratar, y de nuevo no queda probado que el actor adquiriese el vehículo persuadido y motivado por el bajo nivel de emisiones de óxido de nitrógeno. Tampoco se ha practicado prueba de que la demandada tuviera conocimiento de la instalación en el vehículo de un software que alteraba los datos de emisiones contaminantes en el banco de pruebas, todo ello recordando la doctrina jurisprudencial que obliga a evaluar la concurrencia de dolo con extraordinaria cautela*».

(en adelante DCFR) (véase STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 535). En nuestro ordenamiento, en relación con la cuestión de la compatibilidad entre las acciones por falta de conformidad previstas en el TRLGDCU y la acción de anulabilidad por error, ha sostenido FENOY PICÓN, 2006, pp. 245-249, refiriéndose a la antigua Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo de 2003, que los remedios que proporciona la legislación del consumidor son más numerosos y flexibles que el remedio previsto para el error sobre las cualidades del objeto (art. 1266 CC). En este último caso el ordenamiento prevé la desvinculación inmediata del contrato (arts. 1265 y 1300 CC) siempre que se den determinados requisitos, de modo que si el consumidor elige ejercitar, en primer lugar, la anulabilidad alegando tal vicio del consentimiento se estaría impidiendo la jerarquía de remedios establecida en la legislación del consumo, que apuesta preferentemente por el cumplimiento en forma específica y, por tanto, por la conservación del contrato. Así, da preferencia a la sustitución del bien o a la reparación del mismo antes que a la reducción del precio y a la resolución. A juicio de esta autora, ha de valorarse si ha de prevalecer el interés particular del consumidor (pudiendo elegir entre plantear la demanda por el cauce de la anulabilidad por error o por la vía de la legislación de consumidores) o bien el interés del legislador en ofrecer una solución global al problema de los defectos o falta de cualidades en el bien con la fijación de un conjunto de remedios en cadena. Con anterioridad a la citada autora ya sostiene MORALES MORENO, ADC, 2003, p. 1626, que, aunque teóricamente pueda ser deseable que los remedios del incumplimiento excluyan la aplicación del error, ante el silencio sobre esta cuestión concreta por parte del legislador no hay en el ordenamiento jurídico español, en su opinión, una base suficiente para sostener la incompatibilidad. Respecto a esta cuestión los textos del futuro Derecho Europeo de Contratos mantienen tesis distintas. Por una parte, el artículo 3.2.4 de la versión de 2016 de los Principios *Unidroit* de los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante PICC) mantiene la incompatibilidad entre una vía y otra («*Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento*») (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>) (fecha de consulta: 05/01/2022). Por el contrario, el artículo 4:119 PECL apuesta por la tesis favorable a la compatibilidad entre los remedios del capítulo 4, en los cuales se regula el error, y los remedios del incumplimiento («*A party which is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy*»). Consúltese LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 285. En igual sentido se pronuncia el artículo II.-7: 216 DCFR; véase STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 534.

En relación con la segunda afirmación hecha por el tribunal y, de acuerdo con el artículo 1269 CC, para poder anular el contrato el dolo ha de proceder, como regla general, de una de las partes contratantes, no de un tercero, teniendo ello su razón de ser en el respeto a la seguridad del tráfico²⁹. El acto fraudulento de la instalación del software es realizado por la fabricante alemana, que es un tercero respecto al contrato de compraventa. El vendedor no forma parte del grupo de empresas de Volkswagen, de modo que solo excepcionalmente serían imputables a aquel los actos fraudulentos de la fabricante si hubiera conocido su actuación fraudulenta o hubiera debido conocerla³⁰. Esta última circunstancia parece bastante impensable en la medida en que la manipulación se mantuvo en secreto y no es nada claro ni siquiera que el jefe ejecutivo de Volkswagen AG, Martin Winterkorn, estuviera informado completamente de la misma³¹.

Ya en relación con la primera afirmación mantenida por el Juzgado de Primera Instancia y corroborada por la Audiencia Provincial, el artículo 1270 CC exige, además, que el dolo sea grave para que pueda anularse el contrato. Esto significa que el dolo ha de haber sido causalmente relevante, es decir, debe poseer suficiencia causal para conducir la voluntad de la parte contratante³². En las sentencias sobre el Dieselgate suele alegarse por el demandante su conciencia medioambiental como motivo principal que le lleva a la

²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, 1991, p. 154, señala que tal conclusión se basa en el antecedente del artículo 1269 CC en el Proyecto de 1851, en el tenor literal del propio artículo 1269 CC («de parte de uno de los contratantes») y en la interpretación a contrario del artículo 1268 CC (que, al referirse a la nulidad relativa por violencia y por intimidación, afirma: «aunque se hayan empleado por un tercero»).

³⁰ En la mayoría de los Códigos Civiles europeos solo el dolo procedente del otro contratante permite anular el contrato, no el dolo de tercero. Tanto los PECL como el DCFR, al definir el dolo, igualmente exigen que proceda del otro contratante (4: 107 PECL y II.-7:205 (1) DCFR). Pero hay ciertas excepciones en los artículos 4:111 PECL y II.-7:208 DCFR, los cuales regulan cuándo son imputables a un contratante los actos de un tercero de cara a poder ejercitar los remedios por los vicios del consentimiento, comprendiendo entre tales excepciones si la parte contratante conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes de tal tercero (consúltese LANDO/BEALE (ed), 2000, pp. 271-273 y STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, pp. 515-516). En la Propuesta de Modernización del Código Civil de la sección de lo civil de la Comisión General de Codificación en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante PMCC) se incluye ya una previsión similar en el artículo 1302: «También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error; el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior; cuando hayan sido causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante» (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, BMJ, 2009, p. 63). Por su parte, el artículo 527-10.1 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante PCC) afirma que «También puede anular el contrato la parte que ha sufrido vicio causado por un tercero cuando: c) La contraparte conozca o deba haber tenido conocimiento del vicio causado por aquel» (tal propuesta publicada en Tecnos, Madrid, 2018, p. 689).

³¹ SCHMID, 2017, p. 34.

³² Por todos Díez-Picazo, 2007, p. 199.

celebración del contrato, pero los tribunales españoles consideran que tal conciencia medioambiental del adquirente del vehículo no es un elemento determinante para la contratación, ni siquiera, como hemos visto ya, en aquellas clases de vehículos que se han comercializado como reflejo de la imagen «eco friendly», estimando, además, que la publicidad se refiere al nivel de emisiones de CO₂ pero no de NOx.

Así, a título ejemplificativo, se pronuncian la ya citada AP Burgos (sección 2.^a) en su sentencia núm. 304/2018 de 18 de septiembre, o la AP de Lleida (sección 2.^a) en su sentencia núm. 354/2019 de 2 de julio³³. En esta última el demandante presenta, como prueba de que el perfil ecológico del coche es la causa de su adquisición, el proyecto de su vivienda acorde con el medio ambiente, a lo que añade el hecho de que el vehículo adquirido es el del nivel contaminante más bajo en el mercado. La Audiencia Provincial, sin embargo, está conforme con el planteamiento del Juzgado de Primera Instancia, que entiende que no cabe anular el contrato por dolo ya que los documentos aportados carecen de la entidad y relevancia necesarias para acreditar que el actor no habría adquirido el vehículo, o se habría decidido por otra marca o modelo distinto, en caso de haber conocido que el vehículo objeto del contrato de compraventa tenía instalado un dispositivo que modificaba el nivel de emisiones de gases cuando estaba siendo objeto de pruebas de medición en el laboratorio.

2.2 Falta de concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para la estimación, frente al vendedor, de la acción de resolución por incumplimiento contractual

2.2.1 ACCIÓN DE RESOLUCIÓN EX ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL

En cuanto a la acción de resolución por incumplimiento contractual, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia analiza, en primer lugar, el éxito de dicha acción frente a la vendedora por el cauce del artículo 1124 CC. En segundo lugar, se refiere al remedio de la resolución en virtud del TRLGDCU.

¿Qué es lo que mueve a los adquirentes de los vehículos con el software ilegal instalado a ejercer la acción resolutoria? Se ha señalado que, seguramente, muchos conductores ven en el escándalo descubierto una buena oportunidad de renovar su vehículo,

³³ AC 2019/1119. Ponente: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda.

solicitando, con el ejercicio de esta acción, la restitución recíproca de las prestaciones. Esto es, los compradores devolverían el coche a la parte vendedora y a ellos se les reembolsaría el precio pagado, junto, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios, pudiendo así de esta manera comprar un nuevo vehículo³⁴.

Las consideraciones que hace la sentencia de primera instancia para desestimar la pretensión de resolución contractual del artículo 1124 CC son las siguientes: «(...) *su éxito requiere un incumplimiento contractual relevante, con trascendencia resolutoria. (...) En relación con el supuesto enjuiciado, no se ha acreditado, ex art. 217 LEC, que el funcionamiento anómalo del vehículo al ser sometido a pruebas de emisiones en laboratorio pueda ser calificado como factor frustrante de lo que se busca al comprar un automóvil, ni que el vehículo presente problemas graves que afecten a su conducción o a su seguridad, especialmente considerando que, adquirido en el año 2008, ha sido acreditado pericialmente un comportamiento normal desde aquel entonces en materia de emisiones. El vehículo es apto para la circulación. Ni las autoridades competentes españolas, ni las europeas, han acordado la retirada de circulación de esos vehículos, que no resultan más contaminantes en sus emisiones de óxido de nitrógeno que otros de la misma gama (...)*».

Parece, pues, que no logra acreditarse que el software afecte a la conducción segura y a las prestaciones y potencia del vehículo, ni tampoco ha supuesto la revocación o la anulación de la homologación ni restricciones en su circulación. Este mismo planteamiento es compartido, con afirmaciones más o menos idénticas, por otras sentencias que han resuelto casos análogos del Dieselgate³⁵. Tales sentencias utilizan distintas expresiones para sostener que no está justificada la resolución; así, sin afán exhaustivo, señalan que no se está ante un incumplimiento grave, que el incumplimiento no es esencial, que el vehículo resulta hábil para su fin, que no se han visto malogradas las legítimas expectativas y aspiraciones del demandante o que no hay frustración del fin del contrato o entrega

³⁴ En este sentido GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, p. 1.

³⁵ SSAP de Barcelona (sección 1.ª) núm. 11/2019 de 21 de enero (AC 2019/51). Ponente: Ilma. Sra. D.ª Isabel Adela García de la Torre Fernández); Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio; Cantabria (sección 2.ª) núm. 31/2018 de 22 de enero (AC 2018/195. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera); Salamanca (sección 1.ª) núm. 38/2018 de 9 de febrero (AC 2018/427. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo); Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre (AC 2018/1571. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera); Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 107/2017 de 11 de abril; Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre y Valladolid (sección 3.ª) núm. 391/2017 de 21 de noviembre (JUR 2018/30442. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas).

de cosa distinta³⁶. La doctrina comparte la misma conclusión a la que han llegado las sentencias de instancia³⁷.

2.2.2 ACCIÓN DE RESOLUCIÓN EN VIRTUD DEL TRLGDCU

Las demandas en general en los litigios del Dieselgate no se han fundamentado, salvo alguna excepción aislada, en la normativa reguladora de los remedios por falta de conformidad previstos en los artículos 114 ss TRLGDCU, preceptos vigentes en el momento temporal de los hechos de la sentencia. Posteriormente han sido

³⁶ La variedad de expresiones utilizadas en las sentencias de instancia para justificar la no procedencia de la acción de resolución contractual no es sino un reflejo de las distintas fórmulas usadas por la jurisprudencia para expresar la idea de que la resolución solo cabe ante un incumplimiento importante o significativo. Una de las causas de la variedad terminológica y de las diversas interpretaciones sobre los requisitos que han de concurrir para que juegue la resolución parece radicar en que el propio artículo 1124 CC se limita a señalar, como presupuesto para el ejercicio de esta acción, que una de las partes contratantes no cumpliera la obligación que tiene a su cargo. Por tanto, este precepto no proporciona una definición del incumplimiento que permita a una de las partes contratantes el ejercicio de la acción resolutoria. Señala SAN MIGUEL PRADERA, *ADC*, 2011, pp. 1697-1698, que, aunque en algunas ocasiones el Tribunal Supremo se ha referido a incumplimiento «grave», en los últimos años ha optado por usar otros términos con una connotación más objetiva y no tan vinculados a una connotación subjetiva como la que apunta el concepto de «gravidad». Así, entre esas connotaciones más objetivas se alude al cumplimiento esencial para los casos de incumplimientos totales y definitivos, en los que el cumplimiento ya no es posible o ya no es útil para la satisfacción del interés del acreedor. Y para los otros supuestos de incumplimientos, como el mero retraso, el cumplimiento parcial o defectuoso, el tribunal emplea fórmulas varias para subrayar la importancia del incumplimiento: concurrencia de un incumplimiento «propio y verdadero», «esencial», «de importancia y trascendencia para la economía del contrato», o que este implique «falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes a través del contrato», «la frustración del fin práctico perseguido», «la frustración de un interés legítimamente atendible», etc. Hoy tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en la exigencia de la esencialidad del incumplimiento para el ejercicio de la acción resolutoria (sobre la noción de incumplimiento esencial véase DAMIÁN MORENO, *RJUAM*, 2015, pp. 29 ss). Aunque la esencialidad no viene exigida en el tenor literal del artículo 1124 CC, las razones por las que la jurisprudencia requiere dicho requisito son, entre otras, el *favor debitoris*, la protección de la conservación del contrato o el impedir que el acreedor especule con la resolución ante la variación de los precios del mercado (en este último sentido FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1575). La esencialidad se recoge ya en el párrafo 1.º del artículo 1199 PMCC: «*Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial*» (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *BMJ*, p. 34). En la misma línea se hallan los textos internacionales del moderno Derecho de Contratos, que admiten el remedio de la resolución ante la concurrencia de un incumplimiento importante o esencial [arts. 49 (1) (a) y 64 (1) (a) de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG) (www.unilex.info/instrument/cisg), 7.3.1. (1) PICC (www.unilex.info/principles/text), 9:301 (1) PECL (LANDO/BEALE (ed), 2000, p. 409) y III.-3: 502 (1) DCFR (STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 852). SAN MIGUEL PRADERA, *ADC*, 2011, p. 1708, señala que la PMCC, a diferencia de los mencionados textos de carácter internacional, no incluye una definición del incumplimiento esencial, habiéndose debido, a su juicio, fijar algunos requisitos que deban concurrir en el incumplimiento resolutorio para determinar cuándo nos hallamos ante un incumplimiento de este tipo.

³⁷ En este sentido CARRASCO PERERA, 2021, 23/93 y PLANA ARNALDOS, 2021, pp. 1182-1183.

modificados por el Real Decreto-Ley 7/2021 de 27 de abril (en adelante RDL 7/2021)³⁸. La razón, sin duda, se encuentra en que las acciones para reclamar estos remedios ya habían prescrito al tiempo de la interposición de las demandas³⁹. La sentencia de la Audiencia Provincial del caso objeto de este comentario señala que, aunque no se hayan explicitado en la demanda por parte del comprador los citados preceptos del TRLGDCU, sí que hace referencia a los mismos en la fundamentación jurídica de dicha demanda. En cualquier caso, sostiene este tribunal que dichas acciones estarían extinguidas, pues a la luz del artículo 123.1 TRLGDCU el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega del bien. Es decir, más allá de este plazo el riesgo de falta de conformidad lo soportará el comprador, aunque dicha falta sea preexistente a la entrega del bien y desconocida por el consumidor (como sucede en el caso de la sentencia comentada). A ello ha de añadirse que, a tenor del párrafo 4.º del citado precepto, las acciones para reclamar los remedios por falta de conformidad prescribirán a los tres años desde la entrega del producto⁴⁰.

³⁸ Dicha norma, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022 (salvo los artículos 126 y 126 bis relativos a contratos de servicios digitales) y que modifica el TRLGDCU, ha transpuesto las Directivas (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. Ambas Directivas incluyen normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes, en especial, normas sobre la conformidad con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras. Dadas estas características comunes, se ha elegido integrarlas de modo conjunto en el RDL 7/2021 para evitar reiteraciones, manteniendo los mismos conceptos y previsiones normativas que se aplicarán de modo indistinto a todas las situaciones que no exijan diferenciación por la naturaleza de la prestación acordada. CÁMARA LAPUENTE, LL, 2021, pp. 10 y 24, explica que la opción de refundir ambas Directivas en los mismos preceptos del TRLGDCU encierra una adecuada opción de economía legislativa, pero que, a su juicio, conviene revisar algunos desenfoques que se han producido.

³⁹ Un ejemplo entre otros muchos es la SAP de Valladolid (sección 3.ª) núm. 391/2017 de 21 de noviembre. Este mismo problema parece haberse dado también en el ordenamiento alemán. Señala SCHMID, 2017, p. 44, que los breves periodos de prescripción de los remedios contractuales por defectos del bien han conducido a la desestimación de muchas reclamaciones en su país.

⁴⁰ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 123 TRLGDCU», 2015, p. 1779, criticaba la fijación de un plazo único de garantía o manifestación del defecto de 2 años como regla general para todos los bienes de consumo, y lo consideraba breve cuando se trata de bienes de naturaleza duradera, como electrodomésticos o vehículos. Desde el punto de vista teórico el plazo de garantía de un bien debería guardar relación directa con el periodo de vida del mismo, y ello varía en función de la clase de bien. Tras la redacción dada por el RDL 7/2021, el nuevo artículo 120.1 TRLGDCU señala, en cuanto a lo que interesa para nuestro caso particular, que el empresario, en el caso de contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, será responsable de las faltas de conformidad existentes en el momento de la entrega o del suministro y que se manifiesten, en el caso de los bienes, en un plazo de tres

Cabe preguntarse si puede hablarse realmente en estos supuestos del Dieselgate de la existencia de una falta de conformidad. Así, aunque el concepto de falta de conformidad no incluye los denominados vicios jurídicos o presencia en el bien de derechos de tercero que no se justifican según el contrato, se ha señalado que no hay inconveniente en admitir que en algunos casos la falta de conformidad del bien pueda proceder de la no adecuación del bien a las exigencias de una norma jurídica⁴¹. Desde luego aquí resulta claro que en el automóvil hay instalado un dispositivo que no es conforme con la normativa comunitaria, esto es, con el Reglamento [CE] n.º 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo relativo a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros [Euro 5 y Euro 6].

Así, puesto que el consumidor medio puede esperar que se cumplan los requisitos reglamentarios existentes sobre el estándar de emisiones preciso para la homologación del vehículo, el adquirido en nuestro caso no es conforme al contrato de compraventa. En este sentido es interesante la justificación que hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (sección 4.ª) núm. 77/2020 de 2 de marzo⁴² en cuanto señala que «(...) *La instalación de un software desarrollado por la recurrente que enmascara las emisiones de gases NOx cuando el vehículo es objeto de análisis en una instalación preparada para ello supone falta de conformidad del mismo, porque todo adquirente de un automóvil tiene derecho a esperar que el mismo desvele en las pruebas técnicas que se le realicen el resultado real de emisión de gases, dada la nocividad de tales emisiones para el medio ambiente, la eficacia para su control que debe esperarse del resultado de esas pruebas y además porque no hay indicios de que al comprador se le haya informado antes de adquirir el automóvil sobre la existencia de ese programa informático y de sus efectos sobre el automóvil*»⁴³.

años desde la entrega. En cuanto al plazo de prescripción de la acción, el nuevo artículo 124 TRLGDCU señala que la acción para reclamar el cumplimiento prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad. Sin duda la reforma ha supuesto en este extremo concreto un refuerzo de la tutela del consumidor al haber ampliado temporalmente tanto el plazo de manifestación de las faltas de conformidad como los plazos de prescripción de las acciones correctoras.

⁴¹ Así MORALES MORENO, 2006, p. 170. Este autor cita en este sentido, como faltas de conformidad, los ejemplos del nivel de ruido de una máquina que traspasa los límites permitidos o el automóvil que supera el nivel de contaminación. Sobre la responsabilidad por defectos jurídicos, en la que aquí no se va a entrar, puede consultarse MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, pp. 401 ss.

⁴² JUR 2020/151670. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López.

⁴³ Así lo entienden también las SSAP de las Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 29/2018 de 25 de enero (JUR 2018\69329. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez) y de

A ello ha de añadirse un argumento que desarrollaré más adelante en el presente comentario: la promoción de los vehículos equipados con el motor manipulado se lleva a cabo mediante la difusión de una publicidad en la que consta determinado volumen de emisiones contaminantes que, finalmente, no se corresponden con la realidad. De acuerdo con lo previsto en el artículo 61.2 TRLGDCU (que se mantiene inalterado en su redacción tras el RDL 7/2021), el contenido de la oferta, promoción o publicidad se integra en el contrato, aunque no conste explícitamente en este, y ello será tomado en consideración para la determinación de la conformidad del bien con el contrato. Y según lo señalado en el tenor literal anterior del artículo 116.1.d) TRLGDCU, los productos son conformes al contrato siempre que «(...) *presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechos por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado (...)*». Aquí hay un engaño respecto al volumen de emisiones que consta en las características del vehículo según las declaraciones públicas llevadas a cabo por el fabricante alemán. El comprador podía confiar en que el bien poseía tales características y, por tanto, existe falta de conformidad, aunque el bien continúe sirviendo a la finalidad para la que se adquiere por el comprador⁴⁴.

La reclamación en virtud de las acciones por falta de conformidad reguladas en los antiguos artículos 118 ss TRLGDCU hubiera constituido una buena elección para el comprador demandante en nuestro caso si no hubieran prescrito ya. Tales acciones deben entablar en un determinado orden jerárquico (sustitución y reparación del bien primero, reducción del precio o resolución después) contra el vendedor, en cuanto este responde por la sola existencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega del bien, aunque esta no le sea imputable por mala fe ni por culpa, como suele ocurrir en los casos del Dieselgate. La adopción por el legislador de este esquema de responsabilidad contractual objetiva se encuentra perfectamente justificada en cuanto el vendedor ha de responder, no porque tenga un comportamiento reprochable al

Cantabria (sección 2.^a) núm. 158/2018 de 13 de marzo (AC 2018/443. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar).

⁴⁴ En este sentido CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, 2016, pp. 9-10. A favor también de considerar que hay falta de conformidad PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1183. Igual argumentación se afirma en el ordenamiento alemán y, en particular, con base en el § 434.1 (1) BGB (véase SCHMID, 2017, p. 36). Tras la implementación de la Directiva 2019/771 es sustituido por el nuevo § 434.3 (2).

conocer la existencia de la falta de conformidad o al desconocerla por falta de diligencia, sino porque el comprador no ha visto satisfecho su interés, jurídicamente tutelado, de recibir un bien sin faltas de conformidad⁴⁵.

Además, no es presupuesto de la responsabilidad del vendedor que la falta de conformidad tenga una determinada entidad; por tanto, el vendedor responde de cualquier falta de conformidad, sea del tipo que sea y posea mayor o menor relevancia (la única excepción radica en la resolución, como se verá más adelante, la cual no podrá ejercitarse cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia)⁴⁶. Por otra parte, tales remedios son perfectamente compatibles con la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios con arreglo a la legislación civil; así lo dispone el antiguo artículo 117 TRLGDCU: «*En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad*»⁴⁷.

Se plantea la sentencia del Juzgado de Primera Instancia del caso objeto del presente comentario si el comprador hubiera tenido éxito de haber optado por interponer la acción resolutoria en virtud del artículo 121 TRLGDCU, cuyo tenor literal en el momento de los hechos de la sentencia era el siguiente: «*La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia*». Considera el Juzgado de Primera

⁴⁵ En este sentido MARÍN LÓPEZ, «Artículo 114 TRLGDCU», 2015, pp. 1663-1664. La misma opción por la responsabilidad objetiva del vendedor es seguida por la Directiva 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, transpuesta al ordenamiento español por el RDL 7/2021; en este sentido consúltese MARÍN LÓPEZ, *LL*, 2019.

⁴⁶ El artículo 114 TRLGDCU en su anterior redacción señala: «*El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto*». Tras la redacción dada por el RDL 7/2021 el nuevo artículo 117.1.º TRLGDCU afirma, en igual línea de pensamiento, que «*El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital (...)*». El término genérico «empresario», empleado en este y en otros preceptos tras el RDL 7/2021, se debe al ya comentado deseo de refundir reglas de las dos Directivas 2019/770/UE y 2019/771/UE y, por consiguiente, a la decisión de reunir en un solo precepto las particularidades de los bienes y de los contenidos o servicios digitales. En realidad, la Directiva 2019/771/UE emplea el término «vendedor» y la Directiva 2019/770/UE alude al término genérico «empresario». Véase sobre ello CÁMARA LAPUENTE, *LL*, 2021, p. 10.

⁴⁷ La redacción de este párrafo 2.º del art. 117 TRLGDCU se mantiene inalterada tras el RDL 7/2021, aunque cambia su numeración al actual artículo 116.2.º TRLGDCU.

Instancia que no existe fundamento para el éxito de esta acción en la medida en que el mencionado precepto legal autoriza la resolución solo cuando el consumidor no pueda solicitar con carácter previo la reparación o la sustitución del bien, o estas no se hubieren verificado en determinadas condiciones favorables para el consumidor⁴⁸. En el supuesto del Dieselgate es indudable que el comprador demandante puede exigir la reparación del vehículo, esto es, la supresión o modificación del software ilegal, llevada a cabo en media hora y en un taller de los servicios oficiales del fabricante sito en su localidad, sin haberse en ningún caso, además, probado que tal supresión haya resultado perjudicial para la posterior potencia o rendimiento del automóvil.

Efectivamente, el legislador decidió en el citado artículo 121 TRLGDCU el itinerario concreto a seguir por parte del consumidor frente al vendedor, dándose preferencia a los remedios que suponen el mantenimiento del contrato (reparación, sustitución) respecto a los remedios que implican alteración del contenido de las prestaciones (reducción del precio) o disolución del vínculo (resolución)⁴⁹. La razón de tal itinerario se halla, fundamentalmente, en la conservación del negocio celebrado y, en definitiva, en la seguridad de las transacciones⁵⁰. Apunta la doctrina que, a pesar de lo que pueda parecer a primera vista, no es una opción que favorezca principalmente el interés de los consumidores, que hubieran quedado más satisfechos, sin duda, con la libre opción entre todos los remedios⁵¹ (al menos con que, como remedio primario, hubieran tenido también la disponibilidad de la reducción del precio).

Cabe preguntarse en las hipótesis del Dieselgate si el consumidor podría optar por el remedio de la sustitución del bien antes que por el remedio de la reparación. El tenor del antiguo artículo 119.1 TRLGDCU señala que, si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá elegir entre exigir la repa-

⁴⁸ CARRASCO PERERA, 2021, 22/25, señala, refiriéndose al artículo 121 TRLGDCU, que no cabe pedir la resolución de un contrato, aunque la reparación o sustitución resulten fallidas, si se está ante una falta de conformidad de escasa importancia.

⁴⁹ En este sentido, refiriéndose al camino diseñado en su día por la Directiva 1999/44/CE GARCÍA RUBIO, *LL*, 2003, pp. 5-6. Este orden jerárquico otorgando preferencia a la reparación y sustitución está también presente, tras el RDL 7/2021, en el nuevo artículo 118 TRLGDCU (en contra de la existencia de tal orden jerárquico, debiendo hablarse de medidas subordinadas a la concurrencia de ciertas circunstancias, se pronuncia FERRER GUARDIOLA, *RDC*, 2021, pp. 214-215 y 222). Entre las novedades incluidas en el inciso final del también nuevo artículo 117.1 TRLGDCU se halla un nuevo remedio, el derecho a suspender el pago del precio por parte del consumidor. Lamenta CÁMARA LAPUENTE, *LL*, 2021, p. 24, que el legislador español no haya hecho uso del margen de regulación concedido por las Directivas para determinar las condiciones y modalidades para el derecho a suspender el pago, generándose cierta incertidumbre respecto a su compatibilidad con los otros remedios.

⁵⁰ Así, MARÍN LÓPEZ, «Artículo 118 TRLGDCU», 2015, p. 1727.

⁵¹ En este sentido CASTILLA BAREA, 2021, pp. 188-189.

ración o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos resulte objetivamente imposible o desproporcionada⁵². La elección entre ambas medidas corresponde al consumidor, pero la misma no es completamente libre. Por una parte, no cabe la reparación y/o la sustitución si estas son de imposible ejecución, recayendo la carga de la prueba de ello sobre quien está obligado a sanear. Ello puede ocurrir cuando el defecto sea irreparable, o cuando, aun siendo posible la reparación, se han causado ya en el bien daños que no cabe reparar, cuando no hay piezas de recambio, etc. Tanto la sustitución como la reparación son objetivamente posibles en los casos del Dieselgate.

El consumidor no podrá solicitar, por otra parte, un remedio concreto (sustitución o reparación) si este resulta desproporcionado para el vendedor. Para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad es preciso calcular, primero, el coste total que suponen para el vendedor tanto la reparación como la sustitución, y confrontarlos entre sí. En el caso comentado uno de los remedios (la sustitución del bien) parece que causa gastos considerablemente mayores que la reparación, de modo que es preciso acudir a una segunda fase del juicio de proporcionalidad y concluir si es razonable que esos gastos más elevados que implica la sustitución del bien se le impongan al vendedor en función de los parámetros recogidos en el antiguo artículo 119.2.1 TRLGDCU⁵³. Tal precepto afirmaba que «*Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que, en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario*»⁵⁴. En nuestro supuesto concreto del Dieselgate hay dos parámetros que llevan a concluir que la medida que procede, como ya se ha adelantado con anterioridad, es la reparación y no la sustitución del vehículo. Por una parte, la falta de conformidad es de escasa relevancia y fácil de eliminar; por otra parte, la reparación puede llevarse a cabo sin inconvenientes mayores para el consumidor dentro de un plazo razonable (en la carta de Vaesa se calcula el tiempo de la reparación en media hora de duración y en un taller de los servicios oficiales del fabricante de la propia localidad del comprador).

En uno de los pleitos sobre el Dieselgate, y de modo excepcional, el demandante solicitó la medida de la sustitución del vehículo

⁵² En parecidos términos se expresa el nuevo artículo 118.1 TRLGDCU.

⁵³ En este sentido MARÍN LÓPEZ, «Artículo 119 TRLGDCU», 2015, pp. 1743-1744.

⁵⁴ En términos similares los nuevos artículos 118.1 y 118.3 TRLGDCU.

en virtud del artículo 118 TRLGDCU. Pero la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 2.^a) número 158/2018 de 13 de marzo considera, en línea con la tesis aquí defendida, que no ha de otorgarse tal remedio en cuanto es objetivamente desproporcionado de acuerdo con lo previsto en el artículo 119.2 TRLGDCU. Esto es, el tribunal atiende a la facilidad y gastos menores que supone la reparación del coche en comparación con su sustitución, a la entidad no relevante de la falta de conformidad, al momento de la venta (junio de 2014) y a la distancia en kilómetros recorrida por el vehículo en el instante de la presentación de la demanda, que permite considerar que su valor en el mercado ha disminuido de forma notable por el paso del tiempo y su mero uso. Más adelante sostiene que la reparación ofrecida voluntariamente por el fabricante alemán coincide con el remedio principal y preferente previsto en el artículo 119 TRLGDCU, que no se ha demostrado en ningún momento que dicha reparación sea imposible o desproporcionada, sino al contrario, es perfectamente viable y adecuada para lograr el cumplimiento de la prestación en forma específica.

Como conclusión de todo lo afirmado, hay dos razones por las que, por tanto, no triunfaría la acción resolutoria en el caso examinado al amparo del TRLGDCU. En primer lugar, la resolución contractual se presenta como un remedio subsidiario, ya que procederá antes la reparación del bien, que es una medida aquí posible y proporcionada⁵⁵. Es lógico el carácter subsidiario de la resolución en el esquema legal, en cuanto se trata de una medida en principio poco interesante para ambas partes: al implicar efectos retroactivos, el vendedor quedará obligado a devolver el precio y recuperará un bien con defectos de difícil colocación posterior en el mercado. Para el comprador, al menos teóricamente, la satisfacción de sus legítimas expectativas pasa, en primer lugar, por el correcto cumplimiento del contrato (reparación/sustitución).

La segunda razón por la que no triunfaría la resolución en nuestro caso concreto es porque el antiguo artículo 121 *in fine* TRLGDCU señala que tal medida no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia⁵⁶. El problema está, desde luego, en

⁵⁵ Señala, en relación con la redacción anterior al RDL 7/2021 MARÍN LÓPEZ, «Artículo 121 TRLGDCU», 2015, p. 1763, que hay una hipótesis en la que el legislador hubiera debido admitir la resolución como medida primaria; así, cuando la falta de conformidad es de tal importancia que los intereses del comprador han quedado totalmente insatisfechos y de manera definitiva. En este sentido una gran novedad introducida por el RDL 7/2021 en el artículo 119.1 e) TRLGDCU es la posibilidad de prescindir del remedio primario de la puesta en conformidad cuando «*La falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato*».

⁵⁶ En el mismo sentido el nuevo artículo 119 ter apartado 2.º TRLGDCU.

decidir cuándo una falta de conformidad es de escasa importancia, en la medida en que es posible que un defecto objetivamente leve pueda considerarse relevante si se acredita que la finalidad del consumidor al comprar el bien queda frustrada. En los casos del Dieselgate tal finalidad solo podría quedar frustrada si ha adquirido el coche movido principalmente por su interés ecológico en cuanto el vehículo con la instalación del software no ha perdido potencia de motor o capacidad de rendimiento, ni se ha impedido su circulación, sirviendo perfectamente para el fin para el que se adquirió⁵⁷. Pero como he sostenido con anterioridad, en los litigios no se ha considerado acreditado que la causa fundamental que conduce a la compra del vehículo sea la conciencia medioambiental.

3. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO POR LOS QUE SOSTIENE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA EMPRESA DISTRIBUIDORA

3.1 **Primer argumento: reiteración de jurisprudencia anterior sobre la responsabilidad contractual del fabricante**

El fallo final y la argumentación del Tribunal Supremo en esta sentencia de 23 de julio de 2021 vienen, sin duda, condicionados tanto por el modo en que el demandante ha articulado el recurso de casación y ha definido las acciones ejercitadas como por las limitaciones impuestas por el propio ordenamiento. Así, la única pretensión que mantiene el demandante en el recurso de casación respecto a las planteadas en su demanda es la condena a la indemnización de los daños morales causados por la instalación del software ilegal, en virtud de los artículos 1101 ss CC. Por consiguiente, el objetivo al que pretende llegar en la sentencia el Tribunal Supremo es la admisión de la responsabilidad contractual del fabricante, en la medida en que exonera de responsabilidad al vendedor en cuanto entiendo que era desconocedor de la manipulación.

⁵⁷ El *Landgericht Bochum*, 2. Zivilkammer, I-2 O 425/15, dicta una sentencia el 16 de marzo de 2016, que es pionera en un litigio del Dieselgate a la hora de desestimar la pretensión de resolución del contrato de compraventa del vehículo (consúltese en http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bochum/lg_bochum/j2016/I_2_O_425_15_Urteil_20160316.html) (fecha de consulta: 05/01/2022). Aunque el tribunal reconoce que el vehículo es defectuoso, concluye que el demandante no tiene derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es insignificante (§ 323 (5) BGB: «*Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist*»). Esta sentencia es comentada por GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 1 ss.

3.1.1 LAS ACCIONES POR FALTA DE CONFORMIDAD DEL TRLGDCU, INSTRUMENTO CARENTE DE UTILIDAD PARA SUSTENTAR LA CONDENA DEL FABRICANTE A LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES

La sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario no hace referencia en ningún momento al TRLGDCU. Por el contrario, sí alude a dicha normativa la Audiencia Provincial en cuanto señala que las acciones por falta de conformidad del bien reguladas en los artículos 118 ss (preceptos vigentes en el momento de los hechos de la sentencia, es decir, en su redacción anterior al RDL 7/2021) no se han explicitado en la demanda interpuesta por el adquirente del vehículo, aunque sí se hace una referencia a los citados preceptos en la fundamentación jurídica de la misma. En cualquier caso, aunque se hubiera planteado la demanda en virtud de dicha normativa, a mi juicio, la misma no hubiera constituido un instrumento útil para apoyar la condena del fabricante a la indemnización de los daños y perjuicios causados al comprador.

La primera razón es que estos preceptos tienen como fin principal establecer la responsabilidad del vendedor (y no la del productor) frente al consumidor y usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto, con independencia de que el vendedor sea o no conocedor de tal falta. Como ya he apuntado con anterioridad, el TRLGDCU adopta un sistema de responsabilidad contractual en sentido amplio, de carácter objetivo. El vendedor es responsable por la falta de satisfacción del interés del comprador de obtener un producto carente de vicios o defectos.

Solo se contempla la responsabilidad del productor, con carácter subsidiario a la del vendedor, en el artículo 124 TRLGDCU (en su tenor anterior al RDL 7/2021), ya que únicamente se permite actuar contra aquel cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse contra el vendedor y, además, de modo simultáneo, cuando la falta de conformidad sea imputable al productor, es decir, se esté ante defectos cuya causa resida en el origen, identidad o idoneidad del producto⁵⁸. El espíritu de la nor-

⁵⁸ Así MARÍN LÓPEZ, «Artículo 124 TRLGDCU», 2015, pp. 1800-1802 y JUÁREZ TORREJÓN, *RCDI*, 2020, p. 3178.

El artículo 124 TRLGDCU afirmaba que *«Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto.»*

Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al

mativa comunitaria (Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes del consumo) fue considerar responsable al vendedor de la falta de conformidad, aunque dicha falta poseyera su origen en sujetos que se encuentran por encima del vendedor en la cadena de fabricación y distribución. Detrás de esta opción existían razones de signo político, en cuanto el vendedor suele ser el más cercano al comprador y, además, razones de carácter jurídico, en cuanto en la tradición continental y en la inglesa el contrato de compraventa se presenta como el marco jurídico adecuado para llevar a cabo la tutela del consumidor por los defectos o la falta de conformidad del bien⁵⁹.

Marín López consideraba correcta la opción del legislador de establecer la responsabilidad del productor en el citado artículo 124 TRLGDCU. Las razones son varias: ello incrementa la tutela del consumidor, añadiendo otro sujeto más que debe responder de la falta de conformidad; los motivos por los que un consumidor elige un producto suelen ir ligados más a la competencia atribuida al fabricante que a la capacidad y solvencia de los vendedores y, por último, la responsabilidad del fabricante por los defectos de la cosa constituye un incentivo para la mejora de sus productos. Sin embargo, este autor criticaba, a la vez, la confusa regulación del artículo 124 TRLGDCU (ya que, aunque pudiera derivarse lo contrario del tenor literal, debían concurrir, a su juicio, todos los requisitos previstos en los dos primeros párrafos del precepto para la responsabilidad del productor⁶⁰) y, sobre todo, que hubiera supuesto un retroceso respecto a los pronunciamientos judiciales que, con base en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, permitían la reclamación por el consumidor, de modo indistinto, al vendedor y al productor. En su opinión hubiera sido mucho más oportuno el establecimiento de una regla clara en la que se afirmara la responsabilidad solidaria del vendedor y del productor por las faltas de conformidad imputables a este último⁶¹. Por su parte, el nuevo artículo 125 TRLGDCU, en su redacción

origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

Quién haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento». Se ha sostenido por GARCÍA RUBIO, LL, 2003, p 7, que «Se trata pues de una acción «extracontractual» situada en un contexto general de relaciones puramente contractuales».

⁵⁹ En este sentido MORALES MORENO, 2006, p. 164.

⁶⁰ Véase el tenor literal del precepto en la nota de pie de página 58.

⁶¹ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 124 TRLGDCU», 2015, pp. 1797-1799.

dada por el RDL 7/2021, tampoco consagra dicha responsabilidad solidaria, manteniéndose el carácter subsidiario de la responsabilidad del productor en similares términos a los del antiguo precepto 124⁶².

En mi opinión, en el caso objeto del presente comentario, la normativa del TRLGDCU no hubiera sido un instrumento útil como sustento de la condena del fabricante a la reparación de los daños morales contractuales sufridos por el comprador del vehículo, además, por otras dos razones que han de añadirse a la anteriormente comentada (el fin de la normativa reguladora de la falta de conformidad es establecer primariamente la responsabilidad del vendedor). Por una parte, la responsabilidad de carácter subsidiario del productor se circunscribe en todo caso a las acciones de reparación y sustitución del bien (no cabe ejercitar contra él ni la acción de reducción del precio ni la de resolución del contrato al no haber sido parte contratante⁶³). Por otra parte, el propio TRLGDCU prevé que el consumidor y usuario pueda ejercitar las acciones por los daños y perjuicios que derivan de la falta de conformidad pero, no por tal normativa, sino de acuerdo con los preceptos pertinentes de la legislación civil y mercantil, con lo cual el TRLGDCU no resuelve nada en relación con el problema inicial de fundamentar la responsabilidad por daños contractuales del fabricante en

⁶² «1. Cuando al consumidor o usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad.

Con carácter general, y sin perjuicio de que cese la responsabilidad del productor, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el empresario, el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

2. Quien haya respondido frente al consumidor o usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computará a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora.»

⁶³ Señala GARCÍA RÚBIO, *LL*, 2003, p 7, que el precio fue resultado del acuerdo entre vendedor y comprador y el pago se le hizo a aquél y no al productor. MORALES MORENO, *ADC*, 1999, pp. 284-286, hace ya tiempo que ponía de relieve la insatisfacción de que la entonces futura normativa europea en materia de consumo no recogiera la responsabilidad directa del productor ante la falta de conformidad del bien por sus propias declaraciones públicas y, a la vez, se preguntaba cómo puede responder por insatisfacción de un contratante quien no es parte en el contrato celebrado con el consumidor. A su juicio, un modo coherente de dar solución al problema sería considerar al productor como garante de la satisfacción del interés del consumidor en ese mismo contrato. Y esta posibilidad, aún sin una norma legal que lo establezca de forma expresa, podría justificarse como una exigencia derivada del principio de la buena fe. Como la garantía del productor ha de circunscribirse al interés en el cumplimiento del contrato, este podría ofrecer al consumidor idénticos remedios que la normativa de consumo considera que tiene el comprador frente al vendedor. Ahora bien, no quedaría cubierta por la garantía, en su opinión, la indemnización de los daños patrimoniales, de difícil cálculo, cuya reparación podría generar en el garante una excesiva responsabilidad económica.

los artículos 1101 ss CC y respecto al impedimento que a ello supone el artículo 1257 del citado cuerpo legal⁶⁴.

3.1.2 MODULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS EN LA STS DE 11 DE MARZO DE 2020, PRIMER PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL DIESELGATE

En la sentencia objeto del presente comentario el Tribunal Supremo, para poder condenar al fabricante (condena que hace extensiva, como luego se verá, a la distribuidora Vaesa) a la indemnización del daño moral sufrido por el adquirente por el cauce de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual del CC, se encuentra con el obstáculo del principio de la eficacia relativa de los contratos del artículo 1257 CC. El fabricante no es parte del contrato de compraventa del vehículo, de modo que no cabría, en virtud del citado precepto, imputarle responsabilidad alguna por el incumplimiento del contrato. ¿Cuál es su razonamiento para superar el citado obstáculo? Se limita a recoger en el fundamento 5.º parte de las afirmaciones hechas en su anterior sentencia, de Pleno, núm. 167/2020 de 11 de marzo, primer pronunciamiento sobre el problema del Dieselgate. Pese a que el adquirente del vehículo alega en el segundo motivo del recurso de casación el artículo 1257 CC y alude a la interpretación arcaica del principio de relatividad de los contratos, no deja de sorprender que en esta sentencia de 23 de julio de 2021 el Tribunal Supremo no haga alusión expresa en su argumentación a dicho principio y a excepcionar el mismo en el supuesto concreto. Se limita a recoger, entrecomilladas, otras afirmaciones distintas, también incluidas en la anterior STS de 11 de marzo de 2020, no mencionando, sin embargo, las consideraciones que igualmente esta última lleva a cabo sobre una interpretación

⁶⁴ El antiguo artículo 117.2 TRLGDCU señalaba «*En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad*». En el mismo sentido se pronuncia el nuevo artículo 116.2 TRLGDCU tras su redacción por el RDL 7/2021. MARÍN LÓPEZ, «Artículo 117 TRLGDCU», 2015, p. 1716, pone de relieve que la materia de la responsabilidad civil se remitía al derecho nacional por la complejidad que hubiera supuesto regular la indemnización de daños y perjuicios dentro de la propia Directiva 1999/44/CEE como un remedio más ante la falta de conformidad; en particular, por la diversidad de modelos de atribución de la responsabilidad que hay en los Estados miembros. Las Directivas 770/2019/UE y 771/2019/UE continúan en la misma línea de pensamiento que la Directiva anterior en cuanto a este extremo. CASTILLA BAREA, 2021, p. 254, critica tal decisión de renunciar a armonizar el remedio de la indemnización (crítica que extiende al legislador español) a partir de uno de los objetivos perseguidos por la normativa comunitaria en esta materia, como es la realización del mercado interior, en cuanto ello implica en el ordenamiento español una fragmentación de la respuesta legal en caso de existencia de una falta de conformidad, cuyos efectos darán lugar a acciones distintas reguladas en cuerpos normativos diferentes y sujetas a plazos dispares.

nueva y flexible del artículo 1257 CC. Aunque desde luego es claro que, de hecho, la sentencia objeto del presente comentario exceptúa el principio de la relatividad de los contratos para concluir la responsabilidad contractual del fabricante. Al ser el ponente de ambas sentencias el mismo, Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena, quizás no se estimó necesario recoger el pronunciamiento completo en este sentido de la primera de las sentencias.

La diferencia entre ambos pronunciamientos radica en que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 solo resuelve la cuestión relativa a la responsabilidad contractual de la empresa fabricante (que en este caso es Seat, SA, que fabricó el vehículo, mientras que el motor diésel del mismo lo fabricó Volkswagen AG), concluyendo finalmente que aquella debía responder solidariamente con la empresa vendedora (Talleres Menorca, SL) por la cantidad de 500 euros por el daño moral contractual causado al comprador por la instalación del software ilegal en el motor. Por tanto, en casación no se trata ni la responsabilidad contractual del vendedor ni la existencia de los daños morales, en cuanto ambas cuestiones ya se habían resuelto y fijado en la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta última solo condena al vendedor a indemnizar al comprador los daños morales consistentes en la zozobra derivada de la existencia de un defecto oculto en el coche, de la incertidumbre en relación con el engaño y de la inseguridad sobre el resultado de la reclamación interpuesta o sobre las consecuencias que podría tener la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor. La acción dirigida contra la fabricante Seat, SA se desestima por la Audiencia Provincial en cuanto esta no había participado en el diseño y fabricación del motor y en cuanto no era parte en el contrato de compraventa, ejercitándose en la demanda una acción de responsabilidad contractual y no una acción de daños por productos defectuosos regulada en los artículos 128 y ss TRLGDCU.

En su sentencia de pleno de 11 de marzo de 2020, el Tribunal Supremo realiza una serie de explicaciones pormenorizadas, de las que, como ya he apuntado, no da cuenta expresamente en su posterior sentencia de 23 de julio de 2021, acerca de la modulación en ciertos ámbitos concretos del principio de relatividad de los contratos contenido en el artículo 1257 CC. En el que es su primer pronunciamiento sobre el Dieselgate hace inicialmente una consideración rápida sobre la nueva estructura económica de la sociedad y la producción en masa, por las que deviene hoy imposible seguir manteniendo la concepción de los contratos como realidades absolutamente independientes entre sí, con falta de eficacia respecto a quien no ha sido parte en los mismos; consideración que se adecuaba perfectamente, sin

embargo, a las condiciones existentes en la época de la promulgación del Código Civil. Y, a continuación, el tribunal amplía el ámbito subjetivo de la responsabilidad en la compraventa de vehículos, extendiéndolo al fabricante por defectos en la fabricación, tomando como apoyo central sus propios antecedentes jurisprudenciales, en particular, los referidos al contrato de obra, en donde extendió la legitimación del comprador para ejercitar acciones que correspondían en sentido estricto al promotor frente al contratista o al arquitecto en base al artículo 1591 CC. Como es conocido, en este ámbito concreto hubo una intervención posterior del legislador en este mismo sentido en la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999.

Este primer pronunciamiento sobre el Dieselgate apunta, además, otras particularidades del ámbito de la contratación de vehículos que justifican también la modulación del artículo 1257 CC para extender la responsabilidad contractual al fabricante, consideraciones a las que tampoco hace referencia explícita en su sentencia posterior de 23 de julio de 2021: así, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor a dicha marca, su influencia en la decisión de adquirir el vehículo y la afectación masiva a una pluralidad de adquirentes que suelen provocar los defectos de fabricación⁶⁵.

3.1.3 ANÁLISIS DE LAS PREMISAS DE LA STS DE 23 DE JULIO DE 2021 PARA LA AFIRMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL FABRICANTE

¿Qué argumentaciones de la STS de 11 de marzo de 2020 sí recoge en su fundamento 5.º la sentencia del segundo pronunciamiento sobre el Dieselgate para concluir la responsabilidad contractual del fabricante (Volkswagen AG) en virtud de los artículos 1101 ss CC? En mi opinión, cabe sintetizar en dos premisas fundamentales dicho fallo:

La primera premisa es la existencia de vínculos con trascendencia jurídica entre el fabricante y el comprador final, a pesar de que no se haya celebrado un contrato entre ellos. Uno de tales vínculos jurídicos es la posibilidad que posee el consumidor final de exigir las prestaciones del bien ofertadas en la publicidad del producto, generalmente realizadas por el fabricante.

⁶⁵ Con posterioridad a las SSTS 167/2020 de 11 de marzo y 561/2021 de 23 de julio, se dictan otras dos en la misma línea: así, las SSTS 104/2022 de 8 de febrero (RJ 2022/634. Ponente: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile) y 300/2022 de 7 de abril (JUR 2022/129041. Ponente: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile). Ambas, que no tratan casos de Dieselgate, aluden, como excepciones al principio de la eficacia relativa de los contratos, a los ámbitos de la construcción y venta masiva de inmuebles y del sector automovilístico (véase los fundamentos 9º y 5º, respectivamente

La segunda premisa es que al fabricante le es imputable el incumplimiento del contrato en la medida en que el producto, lanzado al mercado a través de la red de distribuidores de aquel, no reúne las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el fabricante. Así, en la publicidad emitida por Volkswagen AG se recogió un nivel de emisión de gases contaminantes que no se correspondía con la realidad.

Respecto a la primera premisa sostenida por el Tribunal Supremo, cabe afirmar que la regla de la incorporación de la publicidad al contenido del contrato tiene hoy un posible doble fundamento normativo⁶⁶. Primero, hay una regulación general sustentada en los artículos 1258 y 7 CC, que ya inició la jurisprudencia hace tiempo⁶⁷. En segundo lugar, cuenta con una regulación específica en la normativa reguladora de las relaciones de consumo; así, en el artículo 61.2 TRLGDCU⁶⁸ y, de acuerdo con la normativa vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos del caso, con el artículo 116.1.d) TRLGDCU, al que, continuación, me voy a referir más detenidamente.

Según se sostiene⁶⁹, cuando la incorporación de la publicidad al contrato se apoya en un precepto concreto que la establece, habrá que estar al supuesto de hecho de esa norma, y ella es la que determina tanto el modo en que la incorporación se produce (supuesto de aplicación) como sus consecuencias. De acuerdo con la argumentación que he dado en epígrafes anteriores, en el caso concreto analizado en este trabajo es indudable que estamos ante la existencia de una falta de conformidad, y la misma encaja en la letra d) del antiguo artículo 116 TRLGDCU, *a sensu contrario*: el vehículo no presenta la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el productor en la publicidad, ya que el nivel de emisión de gases contaminantes no es el señalado por el fabricante en su publicidad⁷⁰.

⁶⁶ Señalado por MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 1005.

⁶⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 7 CC», 1993, p. 38, explica que determinados preceptos, como el artículo 7 CC, constituyen una herramienta de auxilio, complemento y corrección del derecho escrito, y una autorización o mandato para buscar una fundamentación a una decisión judicial en los valores representados por la buena fe, como el respeto a la confianza suscitada en la otra parte.

⁶⁸ «El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». La redacción de este precepto no ha sufrido variación tras la promulgación del RDL 7/2021. Posee su origen en el antiguo artículo 8 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984.

⁶⁹ MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 1006.

⁷⁰ En este sentido también CORRAL GARCÍA, *Práctica de Derecho de Daños*, 2021, p. 4.

Realmente en el supuesto concreto resuelto por la sentencia comentada no sería aplicable la legislación de consumo en cuanto que en el recurso de casación no se solicita más que la responsabilidad contractual en virtud de los artículos 1101 ss CC. Además, en la demanda no se invocaron los preceptos correspondientes a las acciones por falta de conformidad, seguramente porque en el momento de la misma estaban ya prescritas. No obstante, merece la pena examinar esta vía por las conclusiones interesantes que podrán extraerse de la misma de cara a la responsabilidad del fabricante y el principio de la eficacia relativa de los contratos.

En la estructura del artículo 116 TRLGDCU (en su redacción anterior a la dada por el RDL 7/2021) hay dos partes bien diferenciadas: en primer lugar, la regla de la vinculación por la publicidad y, en segundo lugar, las excepciones a su aplicación. En cuanto a la regla de la vinculación del vendedor por la publicidad⁷¹, la misma se justifica por la confianza que las declaraciones públicas concretas generan en el consumidor y usuario medio⁷². Es decir, la responsabilidad del vendedor por dichas declaraciones se basa en la presunción legal de que el consumidor celebró el contrato movido o inducido por dicha información⁷³. En particular, el vendedor queda vinculado, no solo por la publicidad por él mismo realizada, sino también por las declaraciones públicas hechas por un tercero, por consiguiente, por las llevadas a cabo por el fabricante. En este

⁷¹ El artículo 116.1 TRLGDCU señala «Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:

d) *Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor; el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado (...)*».

"Por su parte el RDL 7/2021 señala que el producto, para ser conforme con el contrato debe reunir una serie de requisitos subjetivos (art. 115 bis TRLGDCU) y objetivos (art. 115 ter TRLGDCU). Entre estos últimos se encuentra el precepto correspondiente al derogado artículo 116.1.d) TRLGDCU. Así, el nuevo artículo 115 ter TRLGDCU en su párrafo 1.º señala «Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos: d) *Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar; dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor; especialmente en la publicidad o el etiquetado (...)*».

⁷² MORALES MORENO, ADC, 2020, p. 996, señala que las declaraciones vinculan al vendedor por lo que el consumidor «pueda fundadamente esperar». En sentido similar véase INFANTE RUIZ, 2015, epígrafe 1.2. *Regla general de integración de la publicidad para cualquier contrato de consumo* (consulta de la versión electrónica de la obra).

⁷³ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 116 TRLGDCU», 2015, p. 1701.

sentido la protección de la confianza generada en el comprador es un riesgo que el vendedor debe soportar, aunque no le sea directamente imputable a él⁷⁴. Así, saca una ventaja o beneficio de la venta y hay una vinculación económica entre vendedor y fabricante. La propia normativa de consumo señala cuáles serán los efectos de esa vinculación del vendedor a la publicidad; así, los artículos 118 a 122 TRLGDCU (en su redacción anterior al RDL 7/2021) se ocupan de regular las acciones que se derivan de la falta de conformidad⁷⁵. Son, como ya he aludido en otro epígrafe, de forma preferente el cumplimiento *in natura* (la reparación o sustitución del bien) y, ya en segundo lugar, la reducción del precio y la resolución contractual. Es posible ejercitar la acción de daños y perjuicios contra el vendedor, pero por las normas generales del CC en virtud del reenvío a las mismas que hace el propio TRLGDCU.

La legislación de consumo prevé, por tanto, la vinculación del vendedor por la publicidad llevada a cabo por tercero, pero bajo ciertos presupuestos y con ciertos límites. El anterior artículo 116.1.d) *in fine* TRLGDCU es una buena muestra de ello cuando, en su segunda parte, apunta tres excepciones a tal vinculación: «El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto»⁷⁶. Tales excepciones permiten tener en cuenta el modo específico en que cada consumidor ha contratado, y su denominador común es que se trata de hipótesis en que no existe esa confianza del consumidor⁷⁷. Aplicado al supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia comentada, no podría jugar en ningún caso la excepción primera porque cuando menciona el desconocimiento de la declaración pública se refiere a la falta de conocimiento de tal declaración, pero no a la inexactitud de la misma⁷⁸.

⁷⁴ LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 875.

⁷⁵ CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, pp. 514-515, profundiza en las diferencias existentes, en cuanto a las acciones a ejercitar y otros extremos, entre los artículos 61 y 116.1 d) TRLGDCU.

⁷⁶ Tras el RDL 7/2021, el artículo 115 ter en su párrafo 1.º, letra d) *in fine* TRLGDCU hace referencia sustancialmente a las mismas excepciones: «El empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:

1.º Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.

2.º Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.

3.º Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital».

⁷⁷ MORALES MORENO, ADC, 2020, p. 996.

⁷⁸ Con carácter general MORALES MORENO, ADC, 2020, p. 997.

Por tanto, el vendedor quedaría vinculado por la publicidad de Volkswagen AG porque es indudable que conoce su existencia; lo único que ignora que es falsa.

La segunda excepción tampoco podría aplicarse aquí en beneficio del vendedor, en cuanto que en el momento de la celebración del contrato de compraventa del vehículo con el demandante todavía no se había producido el comunicado verbal de Volkswagen AG admitiendo el defecto y su comportamiento fraudulento⁷⁹. La tercera y última excepción es la que, en todo caso, podría haber tenido más éxito, quedando el vendedor exonerado de responsabilidad si acredita que la cualidad o característica del bien ofrecida en la publicidad no fue determinante en la adquisición, de modo que el comprador habría tomado idéntica decisión también sin haber conocido las declaraciones públicas⁸⁰. Pero se ha mantenido con razón, en relación con esta tercera excepción legal, que exige una prueba muy difícil a cargo del vendedor sobre el estado psicológico del contratante, de modo que parece que pocas aplicaciones reales podrá tener⁸¹. Piénsese, en este sentido, lo complicado que resultaría en el caso concreto de la sentencia comentada acreditar por la entidad concesionaria que la publicidad de Volkswagen AG acerca del volumen de emisiones del vehículo no fue determinante en la decisión de adquirir por parte de ese determinado comprador.

En el caso hipotético de que el vendedor no tuviera que responder de la falta de conformidad del bien porque pudiera acogerse a una de las tres excepciones legales antes indicadas, el comprador no quedaría desprotegido en cuanto podrá ejercitar la acción prevista contra el productor, que es de carácter subsidiaria y que entraría en juego aquí por imposibilidad de dirigirse al vendedor (antiguo art. 124 y nuevo 125 TRLGDCU)⁸². Pero, como ya he indicado con anterioridad en este trabajo, no podría solicitar frente al productor más que el cumplimiento en forma específica (reparación o sustitución del bien) y, en su caso, también la acción de indemnización de daños y perjuicios, ésta última por la normativa general del CC por reenvío del TRLGDCU. Se ha apuntado, con acierto, que probablemente el régimen sería el propio de la responsabilidad

⁷⁹ MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 997, explica que la corrección de la declaración pública del vendedor o del tercero puede llevarse a cabo en el contrato celebrado con cada consumidor o a través de declaraciones públicas, siempre que estas permitan destruir la confianza que se generó con la declaración inicial.

⁸⁰ Sobre tal excepción véase MARÍN LÓPEZ, «Artículo 116 TRLGDCU», 2015, pp. 1705-1706.

⁸¹ En este sentido INFANTE RUIZ, 2015, epígrafe 1.3. *Excepciones [art. 116. 1.d) TRLGDCU] y el problema de su extensión a todos los contratos con consumidores.*

⁸² En este sentido LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 873. Lo señala como una de las interpretaciones posibles del antiguo artículo 124 TRLGDCU CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, p. 515.

extracontractual por coherencia con la decisión del legislador de no poder solicitar frente al fabricante ni la resolución ni la reducción del precio en cuanto este no ha sido parte en el contrato de compraventa⁸³. Desde luego, a mi juicio, la decisión del legislador en la venta de bienes de consumo respecto a las acciones por falta de conformidad del bien que el consumidor puede plantear, de forma subsidiaria, contra el productor es muy clara, y en tal decisión está implícito, sin duda, el principio de la eficacia relativa de los contratos.

Cabe preguntarse si el fallo y la argumentación del Tribunal Supremo hubieran sido los mismos que en el de los dos pronunciamientos sobre el Dieselgate (esto es, condenar a reparar el daño moral contractual al fabricante modulando el principio de la eficacia relativa de los contratos), si tuviera que resolver un litigio en el que el demandante hubiera interpuesto su demanda solo contra el fabricante y, junto a la acción de responsabilidad civil en virtud de los artículos 1101 ss CC para solicitar la reparación de los daños morales, hubiera ejercitado las acciones de falta de conformidad del TRLGDCU (presumiendo que se diera el hipotético supuesto de que no tuviera que responder el vendedor de la falta de conformidad). El Tribunal Supremo tendría que enfrentarse al problema de resolver la contradicción que supondría excepcionar el artículo 1257 CC para condenar al fabricante a indemnizar el daño moral contractual, y condenar, a la vez, a la reparación o sustitución del bien, según procediera, en virtud de una normativa de consumo que tiene presente, para la regulación de las acciones por falta de conformidad del bien, el principio de la relatividad de los contratos.

Fuera ya del ámbito específico de la legislación de consumo y, a falta de un precepto que regule de modo expreso la cuestión en el CC vigente (que es el ámbito en el que se mueve la sentencia objeto de comentario), la doctrina, aunque ha constatado que desde la óptica de la dogmática tradicional y el principio de la eficacia relativa de los contratos no es sencillo justificar la responsabilidad del vendedor por las declaraciones de un tercero que no es parte contractual, llega a semejante conclusión en virtud del principio de

⁸³ En este sentido LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2015, p. 876. Ya he explicado cómo MORALES MORENO, *ADC*, 1999, pp. 285-287, defendió hace tiempo la posibilidad de que el fabricante pudiera responder frente al comprador incluso con el remedio de la resolución contractual, pero, claro, no en cuanto parte del contrato de compraventa sino en cuanto garante del riesgo de insatisfacción del interés de uno de los contratantes. En este mismo trabajo señala que considera «(...) como meta deseable que se llegue algún día a establecer una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable». Lamentablemente ello tampoco ha sido posible con la última Directiva 2019/771/UE y el nuevo artículo 125 TRLGDCU en su redacción dada por el RDL 7/2021.

buena fe contractual (art. 1258 CC)⁸⁴. Tal responsabilidad se fundamenta en la presunción de que conocía la publicidad ajena o cabía razonablemente esperar que la conociera por su actividad profesional en el sector, y en la asunción lógica de riesgos por la publicidad inexacta como contrapartida por las ventajas económicas que derivan de su actividad. Dicha responsabilidad contractual se ha calificado como objetivada y sin culpa, derivando directamente de la ley⁸⁵.

La vinculación de un contratante, por las propias declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades promocionales de productos o servicios y por las que provengan de un tercero, se prevé tanto en las dos propuestas españolas (Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos⁸⁶ y Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁸⁷) como en los textos internacionales del moderno Derecho de contratos. Así, en los artículos 6:101 (2) y (3) PECL⁸⁸ y II.-9: 102 (2) y (4) DCFR⁸⁹. La diferencia en estos dos últimos textos en cuanto a la vinculación del contratante profesional por la publicidad procedente de un tercero, radica en que los PECL no excluyen tal vinculación, aunque se trate de relaciones entre empresarios. Por el contrario, en el DCFR la vinculación del contratante profesional solo juega cuando la otra parte es un consumidor.

Mucho más complicada se plantea aún, desde la dogmática tradicional, la determinación de la responsabilidad del propio tercero

⁸⁴ Así MORALES MORENO, *ADC*, 2020, p. 1028.

⁸⁵ En este sentido CÁMARA LAPUENTE, «Artículo 61 TRLGDCU», 2011, p. 534.

⁸⁶ Artículo 1276 PMCC: «*Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta. No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos*» (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *BMJ*, p. 55).

⁸⁷ Artículo 525-3. Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales. «1. *Quedan incorporadas al contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que la otra parte haya conocido o deba haber conocido que tal declaración o afirmación no era cierta.* 2. *No impide la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resulten conocidas o cognoscibles para el contratante empresario, este no haya excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto o servicio, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización de la que forman parte empresario y tercero*» (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 681).

⁸⁸ LANDO/BEALE (ed.), 2000, p. 299.

⁸⁹ Consúltese STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 582.

anunciante (con frecuencia el fabricante) ante el incumplimiento de un contrato por falta de conformidad del bien imputable a la publicidad, del que aquel no es parte. Este es justo el caso de la sentencia comentada, y en ella el Tribunal Supremo opta por reconducir la responsabilidad del fabricante al ámbito de la responsabilidad contractual, excepcionando el principio de la relatividad de los contratos. La tesis del tribunal se sustenta en que, aunque fabricante y consumidor no estén ligados en sentido estricto por un contrato (el de compraventa del vehículo), existen ciertos vínculos jurídicos entre ambos (como la posibilidad de exigir las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto) que dan lugar a una acción directa del consumidor hacia el fabricante. Ellos son, además, según el tribunal, los sujetos realmente relevantes en el proceso de distribución de los automóviles, mientras que el vendedor es solo un sujeto intermedio.

Acoge el Tribunal Supremo, por segunda vez en estos pleitos contra Volkswagen, la afirmación de una acción directa del consumidor hacia el fabricante en base al «contacto social», por obra de la técnica publicitaria y de la confianza inducida en general por el fabricante en la bondad del producto, tesis que en la práctica no ha tenido mucha acogida en España⁹⁰. La otra gran alternativa que se abre sería encauzar este tipo de demandas contra el fabricante por la vía de la responsabilidad extracontractual por aplicación del artículo 1902 CC, que será examinada más adelante.

3.2 Segundo argumento: la responsabilidad contractual del fabricante es extensible a la empresa distribuidora por actos propios

El Juzgado de Primera Instancia en la sentencia objeto del presente comentario entiende que Vaesa carece de legitimación pasiva porque todas las acciones ejercitadas en la demanda tienen naturaleza contractual y aquella no ha sido parte en el contrato de compraventa del vehículo al poseer la mera condición de importadora o distribuidora en España de los vehículos del grupo Volkswagen. El adquirente del coche la demanda en cuanto fabricante del vehículo, pero el fabricante es realmente Volkswagen AG.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante comprador y reitera la argumentación de la sentencia de primera instancia respecto a la falta de legitimación pasiva de Vaesa en relación a las acciones alegadas en la

⁹⁰ En este sentido PARRA LUCÁN, 2014, p. 195, que considera como artificiosas y con grandes inconvenientes desde el punto de vista técnico las distintas teorías que se han esgrimido para excepcionar el principio de la eficacia relativa de los contratos.

demanda, que exigen ser parte en el contrato de compraventa. Señala que, aunque excepcionalmente se admiten por la jurisprudencia otros criterios de atribución de legitimación pasiva, como el reconocimiento extraprosesal de la condición de legitimado, no los estima de aplicación a este caso concreto en la medida en que «*Vaesa nunca ha actuado revestida de la apariencia de ser diseñador o fabricante de los motores o vendedor de los vehículos y tampoco ha realizado actos de asunción de responsabilidad pues en sus comunicaciones con el comprador siempre ha declarado actuar en nombre de la matriz, Volkswagen AG.*». Igualmente añade que «*La mera pertenencia a un grupo de empresas o la íntegra participación de una mercantil por otra diferente a la que se imputa responsabilidad por un evento dañoso, no permiten incurrir en confusión de personalidades ni de patrimonios.*».

En el fundamento 3.º de la sentencia el Tribunal Supremo mantiene una tesis absolutamente contraria a la de la Audiencia Provincial. De acuerdo con la misma, la carta que Vaesa dirige al demandante, adquirente del vehículo equipado con el software ilegal, y que se presenta por este como prueba en el litigio, constituye expresión de una verdadera asunción de legitimación por parte de Vaesa en la que los destinatarios podían confiar. Precisamente lo que explica su comportamiento de asumir en nuestro país, a través de la carta que envía a los adquirentes, la posición de responsabilidad propia del fabricante, es el hecho de que sea algo más que una sociedad del grupo Volkswagen. La realidad es que está íntegramente participada por Volkswagen AG a través de otras sociedades del grupo. Los términos en los que en la carta se dirige a los consumidores expresan con claridad la asunción de la responsabilidad propia del fabricante, manifiesta al reconocer que la incidencia afectaba directamente al vehículo del demandante y al comunicar cómo se solucionaría la misma y su realización a través de sus Servicios Oficiales⁹¹.

De acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Supremo la negación de responsabilidad por parte de Vaesa va contra la doctrina de los actos propios. Sin duda detrás de la argumentación del tribunal

⁹¹ CARRASCO PERERA, *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 2, al posicionarse en contra de que la vía más adecuada para afirmar la responsabilidad de la fabricante sea la contractual, critica que del envío y términos de la carta pueda extraerse la consecuencia de que Vaesa está legitimada pasivamente en la acción de responsabilidad contractual, en la medida en que el fabricante, a su juicio, tampoco lo está. Según este autor el TS tendría que haber explicado que las declaraciones de Vaesa llevaban consigo la asunción, frente a los compradores, de la posición contractual de todos los concesionarios vendedores y, por tanto, no de la empresa fabricante. Claro, que ello no sería coherente con la afirmación que el tribunal realiza con posterioridad en la sentencia sosteniendo que los vendedores no incurrir en responsabilidad al no ser conscientes de la existencia del fraude.

de reconocer como legitimada pasivamente a Vaesa está el hecho de la dificultad que supondría para los consumidores la litigación en Alemania contra la fabricante o, en caso contrario, el gasto que llevaría consigo la interposición del pleito en España contra Volkswagen AG, con la consiguiente traducción al alemán de la demanda y de toda la documentación, debiendo pedirse con posterioridad la ejecución de la sentencia en el país vecino. Al solicitarse en este tipo de reclamaciones individuales una cantidad no elevada, de hecho, se estaría privando a los adquirentes de poder llevar a cabo la defensa de su derecho.

La misma argumentación del Tribunal Supremo es la que han mantenido otras sentencias de las Audiencias Provinciales que resuelven casos del Dieselgate. Frente a la argumentación sostenida por Vaesa en los diferentes pleitos, en el sentido de que ella no es más que una gestora de incidentes entre la red de concesionarios y el fabricante, se ha mantenido en las sentencias de segunda instancia que, extrajudicialmente, Vaesa se ha presentado ante los consumidores como la encargada de evitar cualquier perjuicio derivado de la instalación del dispositivo ilegal, de modo que lo lógico es que los compradores, en consecuencia, le exijan responsabilidad judicialmente⁹².

4. ESTUDIO DE UNA POSIBLE ALTERNATIVA: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL FABRICANTE

El Tribunal Supremo considera, como ha podido constatarse con anterioridad, que Vaesa (distribuidora) asume, en virtud de los actos propios, la responsabilidad contractual del fabricante Volkswagen AG. A mi juicio, sin embargo, debería concluirse que la responsabilidad del fabricante no vendedor es extracontractual, dado el espíritu de la regulación normativa de la responsabilidad por faltas de conformidad, junto al principio de la eficacia relativa de los contratos. Analizo, a continuación, la viabilidad de dos diferentes cauces para reclamar dicha responsabilidad, o bien la responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos (arts. 128 ss TRLGDCU), o bien la normativa común reguladora de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 ss CC).

⁹² Así, las SSAP de las Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 29/2018 de 25 de enero; Cantabria (sección 2.ª) núm. 31/2018 de 22 de enero; Cantabria (sección 2.ª) núm. 158/2018 de 13 de marzo e Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 334/2017 de 20 de octubre (AC 2017\1677. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen).

4.1 Responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos en virtud del TRLGDCU

En nuestro caso concreto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de marzo de 2018, al estudiar el recurso de apelación interpuesto por el comprador, explica que no se han ejercitado nominalmente en la demanda contra Vaesa las acciones de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos contempladas en el TRLGDCU, y que no se invocan ni siquiera los preceptos que las regulan. Recuerda también que la demanda del comprador se basó exclusivamente en la invocación de los artículos correspondientes a las normas de obligaciones y contratos del CC. Por tanto, estima que el recurrente, al invocar ahora en apelación el TRLGDCU, está introduciendo una cuestión nueva, que no fue debatida en primera instancia.

Igualmente señala que, para que puedan entrar en juego las normas de la responsabilidad objetiva, siempre es preciso que haya una acción u omisión por parte de la demandada. La acción que da lugar al daño consiste en el diseño del software ilícito o en su implantación en los motores, de modo que, en todo caso, solo podría responsabilizarse a la diseñadora o fabricante del software (Volkswagen AG), pero no a Vaesa (distribuidora). Considera, además, que la causa de pedir tampoco parece identificarse con el ámbito de aplicación de las acciones derivadas de los artículos 128, 129 y 142 TRLGDCU. El Tribunal Supremo no entra, desde luego, a examinar este cauce, pero merece la pena detenerse, aunque sea brevemente, a analizar el mismo para concluir que en ningún caso hubiera tenido éxito la reclamación del consumidor de reparación, tanto de los daños materiales como morales, en virtud de la normativa específica de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos del citado texto refundido.

Ya de inicio es muy discutible que los vehículos equipados con el software ilegal puedan considerarse productos defectuosos en el sentido de la definición que proporciona el artículo 137 TRLGDCU. La noción de defecto que ofrece el citado precepto es extraña a la del Código Civil, en cuanto aquella se vincula con la idea de seguridad del producto⁹³. Así, producto defectuoso es aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y, en especial, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. Producto inseguro no equivale tampoco a

⁹³ Señala PARRA LUCÁN, M. A., «Artículo 137 TRLGDCU», 2015, p. 1966, que se trata de un concepto importado de la experiencia de EEUU en materia de products liability.

producto peligroso, ya que estos últimos, si son usados de modo correcto, no cabe sostener que sean inseguros. Desde luego, tal y como ha quedado corroborado en todos los litigios del Dieseltgate, estos vehículos no presentan problemas de conducción o de seguridad en ningún momento.

No obstante lo anteriormente dicho, cabe plantearse dos tipos de cuestiones. La primera, desde el punto de vista subjetivo, si, en atención al TRLGDCU, debería responder, en su caso, de los daños causados al adquirente del vehículo, o Vaesa (como distribuidora) o Volkswagen (como fabricante). La segunda cuestión, desde el punto de vista objetivo, es si en la normativa específica de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos del TRLGDCU encajaría la reclamación de los daños materiales causados en el propio producto defectuoso (instalación del software ilegal) y de los daños morales sufridos por el comprador a causa de la manipulación de Volkswagen.

En relación con la primera cuestión, parece claro que quien debe responder como regla general de los daños causados por productos defectuosos, de acuerdo con el régimen previsto en el TRLGDCU, es el fabricante (aquí sí es directa y principal la acción contra el fabricante, frente a su carácter subsidiario en las acciones por falta de conformidad). El párrafo 2.º del artículo 138 del citado texto normativo señala que solo responderá el proveedor si el productor no puede ser identificado y en el plazo de tres meses aquel no ha indicado al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera a él suministrado o facilitado el producto⁹⁴. El artículo 7 TRLGDCU proporciona un concepto de proveedor, considerando que es tal «*el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución*». La responsabilidad, por consiguiente, del suministrador o del distribuidor de los productos es de carácter subsidiaria⁹⁵.

⁹⁴ La STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020/646. Ponente: Excm.a Sra. M.ª Angeles Parra Lucán), atendiendo a la finalidad del artículo 138.2 TRLGDCU, señala en el fundamento 3.º «(...) *debe entenderse que no es precisa una imposibilidad absoluta de identificación del productor, sino que, en función de las circunstancias del caso concreto, bastará con que a la víctima no le resulte posible de una manera razonable identificar al productor. Estas circunstancias dependerán de cada caso, puesto que los supuestos por los que puede no estar identificado el productor son, de hecho, muy diferentes (el producto se comercializó a granel, se destruyó con el siniestro, existen complejos entramados societarios entre todas las empresas que intervienen en la producción y distribución de los productos, etc.)*».

⁹⁵ En todo caso es preciso completar esta información con lo dispuesto en el artículo 146 TRLGDCU, el cual establece una previsión específica de equiparación del proveedor con el productor, a efectos de responsabilidad, para el caso de que el proveedor haya incurrido en dolo: «*El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor*».

Dos son las razones apuntadas para que se considere responsable principal al productor y, solo de forma subsidiaria, al proveedor cuando aquel no puede ser identificado. La primera radica en el hecho de que normalmente el productor es el causante de los defectos de los productos y quien, por consiguiente, se halla en condiciones más adecuadas de prevenirlos y evitarlos. La segunda razón esgrimida es que se estimó más conveniente que no se multiplicaran los seguros de responsabilidad civil entre los distintos miembros de la cadena de elaboración y distribución de los productos, cuando es el fabricante quien se halla en mejor posición de absorber el daño a través de los precios y de su repercusión en el seguro que concierte⁹⁶.

Una vez identificado el productor, el proveedor ya no tendría responsabilidad en virtud del régimen específico de los daños por productos defectuosos del TRLGDCU, pero otra cosa diferente es que se le podría reclamar responsabilidad civil por las normas generales de la responsabilidad por culpa (artículos 1902 y ss CC). En este sentido se ha apuntado que, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que es contraria a la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos⁹⁷, una norma estatal que establezca la responsabilidad del distribuidor de un producto defectuoso en las mismas condiciones que el fabricante, admite, por el contrario, la compatibilidad de la Directiva con las normas nacionales que imputan responsabilidad al distribuidor conforme a criterios de responsabilidad por culpa o las tradicionales sobre responsabilidad por vicios⁹⁸.

En relación con la segunda cuestión planteada, no parece, en primer lugar, que las acciones de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos del TRLGDCU sean las adecuadas para reparar los daños materiales sufridos por el propio vehículo. Así, el artículo 142 de dicha normativa señala que «*Los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil*». Este precepto deja claro de modo explícito que hay un bien cuya destrucción o deterioro queda fuera del daño

⁹⁶ Da cuenta de ambas razones PARRA LUCÁN, «Artículo 138 TRLGDCU», 2015, p. 1996.

⁹⁷ DO núm. L 210, de 7 de agosto de 1985.

⁹⁸ PARRA LUCÁN, «Artículo 138 TRLGDCU», 2015, p. 2009, citando las SSTJUE de 25 de abril de 2002 (asunto C-52/2000), de 10 de enero de 2006 (asunto C-402/2003) y 5 de julio de 2007 (asunto C-327/2005).

reparable por la responsabilidad por el producto: el propio producto cuyo defecto es presupuesto de la responsabilidad. La razón es que en esta hipótesis se está ante una materia de naturaleza contractual, pues el defecto del producto implica que este no pueda servir, de forma temporal o permanente, para su finalidad de uso. El legislador, a través de lo preceptuado en el artículo 142 TRLGDCU, está presumiendo que las normas del régimen contractual son las más adecuadas para el interés conjunto de los contratantes (remedios generales ante el incumplimiento, acciones por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo del propio TRLGDCU...). Por su parte, la responsabilidad por productos solo prevé el remedio indemnizatorio⁹⁹.

Respecto a la otra pretensión del comprador demandante en la sentencia objeto del presente comentario, la reparación de los daños morales sufridos a causa de la instalación del software ilegal, no queda cubierta por los artículos 128 y 129 TRLGDCU. El último de estos preceptos, en su primer párrafo, señala, sin aludir a los daños morales, que *«El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado»*. Después, el artículo 128 expresamente excluye los daños morales del ámbito del Texto Refundido: *«Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar»*. Es decir, el legislador

⁹⁹ En este sentido se pronuncia GÓMEZ POMAR, 2008, pp. 688-689. El mismo admite la dificultad intrínseca de delimitar lo que es el producto defectuoso como tal de lo que son sus componentes; delimitación que podría tener relevancia en el caso objeto del presente comentario. Por ejemplo, podría considerarse el neumático como producto defectuoso y estimar el vehículo como un bien distinto al producto defectuoso, y ello incidiría en el sujeto responsable, porque según el TRLGDCU la responsabilidad por producto defectuoso recae en el fabricante y de modo excepcional, en el proveedor; mientras que en el régimen contractual la responsabilidad habrá que reclamarla como regla general, a la parte contratante. No obstante, a juicio de este autor (p. 692), no deben considerarse producto de forma independiente los elementos, componentes o integrantes del bien que se vendió y se compró como un objeto unitario. Así, si uno de los componentes es defectuoso (en nuestro caso el software ilegal) y ello implica un deterioro del producto (automóvil) no estaríamos dentro de la responsabilidad por producto defectuoso sino en el ámbito contractual.

español opta por remitir en bloque la reparación de los daños morales a la legislación civil general, es decir, a las normas que sean de pertinente aplicación en cada caso, o bien a las de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 ss CC), o bien a las de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss CC)¹⁰⁰.

La doctrina, que comparte mayoritariamente la tesis de que los daños morales están excluidos del TRLGDCU¹⁰¹, explica que, no obstante, el legislador español podría haberlos incluido en dicho texto normativo en cuanto la Directiva 85/374/CEE no impide en su artículo 9 que los ordenamientos nacionales decidan indemnizar bajo la normativa específica, los daños morales derivados de la muerte o lesión corporal de una persona, o incluso de los derivados de la destrucción o deterioro de un bien que no sea el producto defectuoso en cuestión. La libertad que deja la Directiva 85/374/CEE a cada legislador en este extremo se debe a la imposibilidad entre los estados miembros de llegar a un consenso sobre la indemnización del daño moral, en cuanto que en el momento de la promulgación de la Directiva eran mucho más distantes que hoy en este extremo concreto¹⁰². No obstante, el legislador español pareció interpretar el citado artículo 9 de la Directiva en el sentido de que los Estados miembros no podían establecer la indemnización de los daños morales conforme al régimen específico de la responsabilidad por productos.

Como conclusión del análisis hecho en este epígrafe, no cabe sustentar la condena, ni de la fabricante Volkswagen, ni de la distribuidora Vaesa, a la reparación de los daños morales y de los materiales causados en el propio vehículo en la normativa específica de la responsabilidad por productos defectuosos de los artículos 128 ss TRLGDCU.

4.2 Responsabilidad extracontractual del fabricante en virtud de la normativa del Código civil

Ya en relación con la anterior sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020, primer pronunciamiento sobre el Dieselgate, Carrasco Perera¹⁰³ no se mostraba conforme con la afirmación de la responsabilidad contractual del fabricante por la

¹⁰⁰ En este sentido PARRA LUCÁN, «Artículo 128 TRLGDCU», 2015, p. 1867.

¹⁰¹ Entre otros, AZPARREN LUCAS, «Artículo 128 TRLGDCU», 2011, p. 1169 y MARTÍN-CASALS, 2005, p. 59.

¹⁰² ASÍ GÓMEZ POMAR, 2008, pp. 668-669. Por su parte HOWELLS, 2005, p. 210, considera que sería útil que la reparación de los daños no patrimoniales en este ámbito se extendiera en todos los ordenamientos.

¹⁰³ 2021, 23/82.

vía de los artículos 1101 ss CC a través de una determinada lectura flexible del principio de la eficacia relativa de los contratos del artículo 1257 CC.

Pero, como ya ha quedado puesto de relieve en anteriores epígrafes, tampoco el actual TRLGDCU constituye una herramienta útil para sustentar la condena del fabricante a indemnizar los daños y perjuicios causados al consumidor por la falta de conformidad del bien imputable a aquel: contempla solo una responsabilidad subsidiaria del fabricante dirigida de forma exclusiva a la reparación o sustitución del bien y se limita a reenviar, para el ejercicio de la indemnización de daños y perjuicios, a la legislación civil general, con lo que de nuevo nos encontramos con el obstáculo del principio de la eficacia relativa de los contratos.

En sus apreciaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 Carrasco Perera señalaba que quizás la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tras su pronunciamiento, dictara otra futura decisión en la que reconociera una especie de responsabilidad extracontractual específica del fabricante, distinta a la fundamentada en la Directiva de Daños causados por productos defectuosos (efectivamente, en el epígrafe anterior se ha constatado cómo tampoco los artículos 128 ss TRLGDCU proporcionan cobertura para la reparación por el fabricante de los daños morales y materiales causados en el propio vehículo). El citado autor terminaba apuntando que «*Con todo, por el modo con que el asunto del Dieselgate se ha planteado en los tribunales de instancia españoles y por el esfuerzo constructivo de la sala alrededor del art. 1257 CC, me parece una opción poco probable*»¹⁰⁴. Desde luego el tiempo le ha dado la razón. La STS de 23 de julio de 2021 vuelve a establecer el mismo enfoque e hilo argumental que la de 11 de marzo de 2020.

En idéntica línea de manifestación de insatisfacción se muestra *Parra Lucán*, en cuanto califica como artificiosos los intentos y esfuerzos hechos en nuestro ordenamiento de intentar atribuir al comprador una acción de naturaleza contractual contra el fabricante que no le ha suministrado directamente el producto¹⁰⁵. Explica que el motivo de fondo que ha llevado a la jurisprudencia a superar el principio de relatividad del contrato ha sido la constatación de que en el actual sistema de producción y distribución al vendedor le resulta sencillo acreditar que desconocía que el bien tuviera un defecto o vicio. Señala que la necesidad de garantizar una adecuada tutela al consumidor en cuanto tal y no en cuanto adquirente de

¹⁰⁴ CARRASCO PERERA, 2021, 23/84.

¹⁰⁵ 2014, pp. 195-196.

los bienes apunta a la responsabilidad civil extracontractual como una mejor vía de solución. Ello conduce a interrogarse sobre si la víctima de un daño causado por un producto que ella misma adquirió puede renunciar a su condición de contratante y ubicarse en la perspectiva extracontractual para lograr una indemnización por los perjuicios sufridos.

El problema es que la fórmula de la responsabilidad extracontractual por las normas generales del CC tampoco es una solución exenta de complejidad para el consumidor. Así, el perjudicado debe acreditar los presupuestos exigidos en el artículo 1902 CC, algunos de difícil prueba para él, como la identificación de acciones u omisiones del fabricante o distribuidor relativas al proceso de producción y distribución, la culpa y la relación de causalidad¹⁰⁶. Ahora bien, precisamente en el caso de la sentencia objeto de comentario no resultaría tan compleja la acreditación de tales extremos en la medida en que el propio fabricante Volkswagen reconoció públicamente los hechos constitutivos del fraude.

Pero para el resto de los casos distintos al Dieseltgate que pudieran resolverse en un futuro próximo por los tribunales, respecto de los cuales sí se plantearían serios problemas de prueba para el consumidor en relación al artículo 1902 CC, la mejor solución pasaría por una intervención del legislador, de modo que regule específicamente la acción directa del consumidor hacia el productor no vendedor cuando el incumplimiento contractual sea a este último imputable.

4.3 Uso de la fórmula de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento alemán

En el ordenamiento jurídico alemán la vía que ha tenido éxito para responder a la reclamación del consumidor por los daños ocasionados por la instalación del software ilegal ha sido la responsabilidad extracontractual.

La litigiosidad contra la empresa fabricante Volkswagen en Alemania ha sido elevada, y cabe distinguir tres grandes bloques

¹⁰⁶ PARRA LUCÁN, 2014, pp. 197-198. Esta autora explica (pp. 199-201) que, a partir de la promulgación en el ordenamiento español de un régimen especial más estricto de la responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos, la jurisprudencia ha permitido en ciertos casos un proceso de adaptación del artículo 1902 CC en el ámbito de este tipo de daños, en el sentido de que, aunque el criterio de imputación es la culpa o la negligencia, se ha facilitado su acreditación con la prueba del carácter defectuoso del producto. Señala esta misma dificultad de encauzar la demanda contra el fabricante y el distribuidor en los casos del Dieseltgate por el cauce del artículo 2043 del Código Civil italiano (precepto básico regulador de la normativa de responsabilidad extracontractual) Posio, 2017, p. 58.

en cuanto a los procedimientos civiles seguidos en dicho país¹⁰⁷. Por una parte, ubicado en un primer bloque, el 1 de noviembre de 2018 se inició un procedimiento modelo (*Musterfeststellungsverfahren*) contra Volkswagen, es decir, una acción colectiva en sentido estricto ante el *Oberlandesgericht* de la Baja Sajonia, al que se adhirieron más de 400.000 usuarios¹⁰⁸. El procedimiento se instó por la organización de consumidores de nivel federal que agrupa al resto de organizaciones de los *Länder*, junto con la asociación alemana del automóvil ADAC.

El 28 de febrero de 2020 los demandantes y la empresa fabricante Volkswagen anunciaron el logro de una transacción extrajudicial mediante la cual los primeros se comprometían a desistir del proceso a cambio de que la fabricante hiciera a los consumidores adheridos una propuesta indemnizatoria, con fecha límite de aceptación el 20 de abril de 2020. La razón de tal plazo máximo es que la vista del primer pronunciamiento relativo al Dieseltgate estaba fijada ante el *Bundesgerichtshof* (en adelante BGH) para el día 5 de mayo siguiente. Parece que la fabricante alemana quería evitar los efectos de una sentencia desfavorable y ofreció a los consumidores el pago de cierta suma, que les sería abonada en las 12 semanas siguientes. A cambio, los consumidores deberían renunciar a todas las acciones disponibles contra Volkswagen u otras empresas del grupo, salvo aquellas que podrían interponer si las autoridades medioambientales retiraban en el futuro la autorización administrativa para la circulación de los vehículos afectados.

El citado acuerdo beneficiaba sólo a quienes hubiesen comprado su vehículo hasta el 31 de diciembre de 2015 y a los residentes en Alemania, quedando excluidos del mismo los pequeños empresarios o trabajadores autónomos que habían adquirido o tomado en leasing vehículos diésel del fabricante para llevar a cabo su negocio. De los más de 400.000 consumidores que se adhirieron en un inicio al proceso modelo pudieron beneficiarse finalmente, del acuerdo unos 260.000, recibiendo como compensación una cantidad que variaba entre 1.350 y 6.257 euros, según el tipo de vehículo y la fecha de su adquisición¹⁰⁹.

En un segundo bloque, según datos proporcionados por la *Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft*, organiza-

¹⁰⁷ Esta información puede encontrarse con mucho detalle en ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, pp. 1 ss.

¹⁰⁸ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, p. 43, explica que el proceso modelo en materia de consumo para exigir responsabilidad a Volkswagen fue introducido en los parágrafos 606 a 614 ZPO. Se trata de una ley impulsada por las autoridades alemanas como respuesta a las quejas de los afectados por el escándalo Dieseltgate, razón por la que se la conoce comúnmente como *Lex Volkswagen*.

¹⁰⁹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, pp. 41-42.

ción formada por las compañías aseguradoras alemanas, hacia finales de 2018 unos 144.000 compradores de vehículos habían hecho valer su seguro de asistencia jurídica en relación con las demandas civiles interpuestas en los tribunales de los *Länder* contra la sociedad fabricante y concesionarios, calculadas aproximadamente en unos 3.300 millones de euros¹¹⁰.

Ya respecto a un tercer bloque, muchos adquirentes de vehículos han utilizado el instrumento de la cesión fiduciaria (*Inkassozession*), por la que transmiten sus derechos a cobrar la indemnización a una determinada entidad. Por medio de este negocio fiduciario, la entidad especializada se compromete, una vez que ejercita con éxito la reclamación judicial para cobrar la indemnización, a devolver al comprador la suma obtenida, de la que se descuenta el porcentaje que se acordó inicialmente como precio. Un elevado número de las reclamaciones contra el fabricante en Alemania se están llevando a cabo a través de esta vía. De hecho, empresas como *Financialright GmbH* o *myRight* se han convertido, a través de sus plataformas electrónicas, en las cesionarias de miles de afectados¹¹¹.

Ha sido precisamente una demanda iniciada por la plataforma *myRight* la que ha dado lugar al primer pronunciamiento del BGH sobre el Dieseltgate, con fecha de 25 de mayo de 2020¹¹², en el que se confirma la sentencia condenatoria dictada contra Volkswagen en apelación el 12 de junio de 2019 por el *Oberlandesgericht* de Coblenza.

El comprador Herbert Gilbert, de 65 años, que adquiere el 10 de enero de 2014 un Volkswagen Sharan 2.0 TDI match, equipado con un motor diesel del tipo EA189, de segunda mano, demanda a la fabricante alemana reclamando el precio total de compra del vehículo (31.490 euros). El actor argumentó que había confiado en la publicidad de la marca, convencido de que estaba adquiriendo un vehículo ecológico. En primera instancia se desestimó el recurso interpuesto el 23 de noviembre de 2017. El tribunal Superior de Justicia de Coblenza, por el contrario, condenó a Volkswagen a pagar al comprador demandante 25.616 euros, al descontar del precio de compra el valor del uso del vehículo ya consumido, y condenó al comprador a la devolución del vehículo. Tanto el fabricante como el demandante interpusieron recurso contra dicha sentencia.

¹¹⁰ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, p. 42. Proporciona información sobre dichas demandas HEESE, *JZ*, 9/2019, p. 431.

¹¹¹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, *InDret* 3/2020, p. 42.

¹¹² Accesible en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2020&anz=73&pos=10&nr=106368&linked=ur&Blank=1&file=dokument.pdfdokument.pdf> (fecha de consulta: 5/01/2022).

Finalmente, el BGH confirma la sentencia de apelación¹¹³. La condena a la indemnización posee como fundamento el parágrafo 826 BGB, precepto ubicado en sede de responsabilidad extracontractual, el cual señala «*Quien causa dolosamente daños a tercero de una forma que ofende las buenas costumbres, está obligado al resarcimiento*»¹¹⁴. El comportamiento del fabricante se estima por el tribunal inmoral, inaceptable desde el punto de vista social y especialmente reprobable al haber engañado a los consumidores mediante la equipación de los vehículos con un software ilegal¹¹⁵.

Carrasco Perera lleva a cabo una serie de reflexiones acerca de cuál es la naturaleza jurídica del daño sufrido en este caso concreto por el consumidor¹¹⁶. Como el tribunal no fundamenta la argumentación en virtud del parágrafo 823 BGB no se requiere que el demandante acredite que el comportamiento doloso ha lesionado los bienes jurídicos en él recogidos; así, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o la propiedad¹¹⁷. Tampoco puede basar su fallo el BGH en que se indemnice por el fabricante el posible daño no patrimonial sufrido por el comprador del coche con el incumplimiento del contrato (como sí hace, por el contrario, la STS de 23 de julio de 2021), porque el tribunal se encuentra con la limitación del parágrafo 253 (2) BGB. Tal parágrafo, aunque parezca que ha

¹¹³ Considera PLANA ARNALDOS, 2021, p. 1177, que el efecto de la sentencia es más restringido de lo que en principio puede parecer. En primer lugar, el tiempo es un factor favorable a la empresa fabricante, en cuanto, dependiendo del tiempo transcurrido desde la compra hasta la interposición de la demanda, el reembolso del precio que pudiera producirse en futuros pronunciamientos supondría un coste no demasiado alto para Volkswagen, al entender el BGH que ha de descontarse la depreciación por el uso del coche. Por otra parte, la propia sentencia pone límite a las demandas, ya que, a partir de septiembre de 2015, momento en el que la empresa admite públicamente el fraude y publica el listado de coches con el software ilegal, los compradores ya eran conscientes de lo que adquirían y no tenían derecho a reclamar una indemnización.

¹¹⁴ Señalan MARKESINIS/UNBERATH, 2002, p. 889, que este parágrafo es un precepto residual que ha servido y sirve para todo tipo de propósitos. Desde el punto de vista subjetivo es el parágrafo más estrecho de las disposiciones generales ya que es preciso que el demandante acredite la existencia de la intención del autor del daño, incluyendo tanto el dolo directo como el dolo eventual. Sin embargo, desde el punto de vista objetivo es un precepto ancho; de hecho, los citados autores lo califican como el más general, vago y difuso del BGB. En él la noción de ilicitud no viene determinada en función de la vulneración de un listado de intereses protegidos, como sí ocurre en el parágrafo 823 BGB, sino que la determinación de dicho presupuesto se deja a la discrecionalidad del juez, que debe decidir tomando como referencia el concepto flexible de *boni mores*. Desde luego ello no significa que el resultado final dependa de las ideas personales y preferencias del juez, pero en la práctica esta fórmula le otorga poderes pretorianos.

¹¹⁵ HEESE, JZ, 9/2019, p. 432 y nota de pie de página 67, explica que, antes de que se dictara la sentencia del BGH, ya eran mayoritarias las decisiones de los tribunales superiores de Justicia de los Länder que condenaban a Volkswagen a indemnizar a los consumidores individuales en base al § 826 BGB.

¹¹⁶ 2021, 23/88.

¹¹⁷ § 823 (1). «*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*» (https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_823.html)

abierto el estrecho campo de la reparación del daño no patrimonial contractual en el ordenamiento alemán, en realidad no lo hace, en cuanto solo permite que se indemnice el que resulte de la violación de uno de los derechos o intereses que la propia norma prevé (cuerpo, salud, libertad o autodeterminación sexual)¹¹⁸. Como cabe apreciar, ninguno de estos derechos queda vulnerado en los casos del Dieselgate.

El citado autor concluye que el contrato es el daño, no por haberse celebrado un contrato que sea lesivo en términos económicos, sino por haberse celebrado un contrato que, de haberse conocido el fraude por el comprador, no lo hubiera llevado a cabo. Carrasco Perera lo califica como un daño puramente jurídico. Se trata, en su opinión, de la lesión de un derecho de determinación jurídica, cuyo contenido y resultados económicos reales carecen de relevancia. El resarcimiento consiste en la ineficacia retroactiva articulada por la vía de la responsabilidad aquiliana y no por la nulidad por vicios del consentimiento¹¹⁹.

A mi juicio, dos son las conclusiones que cabe extraer del pronunciamiento del BGH. Por una parte, la solución específica a la que llega no parece trasladable al ordenamiento español en cuanto aquella se fundamenta en el § 826 BGB y carecemos de un precepto semejante. Por otra parte, a través del citado párrafo y por el cauce, por tanto, de la responsabilidad extracontractual llega a un resultado próximo al que se obtendría con la anulabilidad del contrato, pero mediante el uso del § 826 BGB logra eludir el obstáculo que también hubiera supuesto en el derecho alemán el principio de la eficacia relativa de los contratos.

5. CONDENA POR EL TRIBUNAL SUPREMO AL PAGO POR LA DISTRIBUIDORA DE UNA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL

El comprador demandante, cuando interpone el recurso de casación, abandona todas las pretensiones referentes a la anulabilidad del contrato de compraventa, a la resolución del contrato por

¹¹⁸ En este sentido véase SCHIEMANN, «Kommentar zum § 253 BGB», 2005, Rn 3 p. 275. El § 253 (2) BGB afirma «*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*» (Cfr. http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_253.html). Véase también una revisión crítica de la reparación de los daños no patrimoniales tanto en la doctrina como en la jurisprudencia desde la promulgación del BGB en MAGNUS, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2015, pp. 289-307.

¹¹⁹ 2021, 23/89.

incumplimiento y a la indemnización de los daños patrimoniales, manteniendo de forma exclusiva la pretensión de indemnización por daños morales.

Respecto de los daños morales, en su demanda contra el concesionario y el distribuidor, el adquirente del automóvil señala: «(...) la parte demandada deberá abonar a mi mandante la cantidad valorada de 11.376 euros en concepto de daños morales sufridos al haber sido engañado por la parte actora con la ocultación intencionada y premeditada durante la comercialización del vehículo, de la colocación de un dispositivo prohibido legalmente, habiendo estado engañado sobre la contaminación real que ha estado emitiendo su vehículo y consumo, y por las molestias ocasionadas en relación a la obligación de iniciar este procedimiento judicial, de cómo se verá afectado su vehículo en cuanto a potencia y consumo tras la reparación del mismo, así como si pasará favorablemente o no las preceptivas homologaciones técnicas para seguir circulando, las próximas inspecciones técnicas de vehículos, y cómo quedará afectado en materia de impuestos, tras las deducciones en el impuesto de vehículos, tasas municipales a la hora de circular por tratarse de un vehículo que estará a partir de ahora más penalizado por ser más contaminante, y si pudiera derivar alguna consecuencia negativa fiscal en relación a las deducciones efectuadas en el momento de la compra al tratarse de un producto “ecológico” y por lo tanto con mejor tratamiento fiscal».

El Juzgado de Primera Instancia entiende que no se ha producido un incumplimiento contractual que haya generado los daños y perjuicios cuya indemnización se reclamaba, al no haberse acreditado por el comprador la realidad de los daños y perjuicios en la conducción real, en cuanto lo único probado era que el software ilícito alteraba las mediciones de los niveles de NOx en laboratorio, ni además se habían señalado por la parte demandante las bases para cuantificar los daños mediante una simple operación aritmética. Por su parte, la Audiencia Provincial, además de no apreciar un vínculo causal entre la conducta de las demandadas y el supuesto daño, no aprecia la existencia de un auténtico daño moral indemnizable, en cuanto, tan pronto como se dio a conocer el problema públicamente, la fabricante del producto (Volkswagen, AG) se dirigió a los compradores, a través de la distribuidora Vaesa, ofreciéndoles solucionar el problema mediante la actualización del software de forma gratuita, lo que ya suprimía sin tardanza su posible incertidumbre inicial. También entiende que no se ha producido un daño material, en la medida en que la colocación del dispositivo ilícito no supuso falta de aptitud del vehículo para circular, ni una

emisión de gases NOx superior a la de los coches de idéntica gama, ni provocó su depreciación, ni incidió negativamente en sus características y prestaciones.

En relación con la indemnización del daño moral contractual, me centraré, en particular, en las premisas en las que se basa el Tribunal Supremo para decidir su reparación y llevaré a cabo algunas apreciaciones sobre los criterios utilizados para la fijación de la cuantía de tal indemnización. Igualmente realizaré algunas reflexiones sobre la posibilidad de reparar los daños materiales en estos casos del Dieselgate.

5.1 Marco en el que ha de encuadrarse hoy la polémica acerca de la reparación del daño moral contractual

A día de hoy parece claro que en el ordenamiento jurídico español no puede excluirse la reparación de los daños morales por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual¹²⁰. La pregunta crucial en la actualidad es la relativa a las condiciones que han de concurrir para que el daño moral derivado de un incumplimiento de contrato resulte indemnizable. Como luego se verá, por una parte, los textos internacionales de *soft law* del futuro Derecho Contractual no aportan pautas al respecto, más allá de llevar a cabo una admisión genérica sobre la reparación del daño moral contractual y, por otra parte, las fórmulas aportadas en otros países carecen de utilidad en el derecho español en atención a la diversidad de enfoques y criterios utilizados para resolver la cuestión¹²¹; de ahí que parece lo más práctico encontrar una posible solución con los instrumentos presentes en el ordenamiento jurídico español, en particular, los artículos 1106 y 1107 CC¹²².

Tanto uno como otro precepto reglamentan de forma conjunta el resarcimiento del daño contractual. El primero de ellos se ocupa de la determinación de qué partidas son indemnizables (*«La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes»*), mientras que el segundo se ocupa de la extensión del daño resarcible (*«Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan*

¹²⁰ Así lo afirma Díez-PICAZO, 1993, p. 688.

¹²¹ Para un análisis general de la cuestión en los ordenamientos jurídicos europeos pueden consultarse ROGERS (ed), 2001 y FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD (ed), 2008.

¹²² En este sentido se pronuncian SOLÉ FELIÚ, *InDret* 1/2009, p. 29 y GREGORACI, 2019, p. 103.

podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»).

Un punto de partida inevitable siempre es la interpretación histórica del ordenamiento, aunque posteriormente haya un cambio de interpretación¹²³. Así, respecto del artículo 1106 CC, ha de afirmarse que los redactores del mismo no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sólo en el patrimonial. Cuando García Goyena comenta el artículo 1015 del Proyecto de 1851 («*Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección*»), explica que la expresión «daños y perjuicios» se refiere tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero que en la estimación de estos dos conceptos nunca deberá entrar el precio de afección particular sino el común y corriente de la cosa¹²⁴. Este precepto encierra, pues, un concepto economicista del daño contractual en el que, inicialmente, no encaja el daño moral, puesto que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido dañado, entendido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales¹²⁵. En esta línea la doctrina y la jurisprudencia españolas, de modo tradicional, siempre han entendido que este precepto se refiere de forma exclusiva a los daños patrimoniales, movidos por la lógica coherencia con el espíritu de los redactores del CC¹²⁶.

Efectivamente, el citado artículo 1106 se inspira en el artículo 1149 del Código Civil francés de 1804 («*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*»), que, tras la Ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 que reforma el Derecho de los Contratos, el Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones, se mantiene inalterable en su contenido, pero no en su enumeración (pasa a ser el artículo 1231.2). Explican Mazeaud (H. y L.) y Tunc que los redactores del *Code Civil* eran hostiles a la reparación del daño moral en materia contractual¹²⁷. La razón de su hostilidad se debe a que Domat y Pothier, cuyas opiniones siguieron fielmente, se negaban

¹²³ En este sentido, y con carácter general, MORALES MORENO, 2010, p. 96.

¹²⁴ 1852, p. 50.

¹²⁵ En este sentido IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1984, p. 1637.

¹²⁶ Así, a título ejemplificativo GAYOSO ARIAS, *RDP*, 1918, p. 330 y la STS 24.5.1947 (*RJ* 1947/631).

¹²⁷ MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC, 1965, pp. 398 y 425.

de modo categórico a reparar el daño moral en el ámbito contractual, en cuanto estos autores creían ajustarse en este punto al Derecho Romano. Entre las fuentes utilizadas para redactar el *Code Civil* está el Derecho Romano, pero el Derecho Romano tal y como lo entienden los grandes jurisconsultos franceses Domat y Pothier. Puntualizan Mazeaud (H. y L.) y Tunc que, a su juicio, los citados autores tienen un conocimiento incompleto de los textos legales romanos, ya que prescinden de ciertos textos, como los del Bajo Imperio, que sí tienen en cuenta el valor de afección en la evaluación del daño ocasionado por el incumplimiento de contratos de buena fe¹²⁸.

Hasta casi finales del siglo xx la indemnización del daño moral se ha considerado por la doctrina española como una de las diferencias esenciales existentes, en cuanto a su régimen jurídico, entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. En España es la jurisprudencia la que, muy pronto y de forma continuada hasta la actualidad, se encarga de afirmar el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, sin duda apoyándose en el amplio tenor literal del artículo 1902 CC («*El que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado*»). Se trata de la famosa STS de 6 de diciembre de 1912¹²⁹, que, además de reconocer la indemnización del daño moral, admite, igualmente por primera vez, la indemnización del derecho al honor de una joven vulnerado por la publicación en *El Liberal*, uno de los periódicos más populares de la época, de la noticia falsa acerca de la fuga de dicha

¹²⁸ Algo similar al ordenamiento francés sucede en el ordenamiento alemán. El originario § 253 BGB, que limita la reparación del daño no patrimonial a los casos previstos expresamente por la ley, tuvo, entre otras consecuencias, la inadmisión de la reparación del dolor y del sufrimiento cuando el fundamento de la demanda planteada era la responsabilidad civil contractual (MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, p. 9). Ello era así porque la regulación concreta del resarcimiento de los daños no patrimoniales se desarrollaba de forma exclusiva en la parte dedicada a los «Actos ilícitos», y no en la «Parte General de las Obligaciones»; por ello, la protección dispensada al daño no patrimonial se restringía al ámbito de la responsabilidad extracontractual. La consecuencia fue que tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas se vieron forzadas durante mucho tiempo a ampliar la categoría del daño patrimonial para reducir los supuestos no indemnizables, considerando, en ocasiones, como patrimoniales, daños que realmente no lo eran (el disfrute vacacional), con el fin de no estar sujetos a una norma tan restrictiva. La redacción inicial del § 253 BGB, su reticencia a indemnizar con carácter general el daño no patrimonial y, en consecuencia, su no reparación en otros ámbitos de la responsabilidad distintos al extracontractual, parece que tiene su origen también en una mala comprensión pandectista del Derecho Romano (en este sentido MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, 2006, pp. 8-9). El embrión de la negativa a reparar el daño no patrimonial en el ámbito contractual en Alemania posee su origen en *Savigny* y en algunos otros juristas de la Escuela Histórica, que sostienen en sus obras que el Derecho Romano requiere en toda obligación que el contenido de la prestación sea exclusivamente patrimonial, e incluso que el interés del acreedor lo sea también (ampliamente RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2008, pp. 939-950).

¹²⁹ CL 1912, núm. 95. Ponente: Excmo. Sr. Manuel del Valle.

joven con un fraile capuchino del que se decía, además, que había tenido descendencia. El Tribunal Supremo, por el contrario, admite la reparación del daño moral contractual mucho más tarde en el tiempo, en concreto, en la STS de 9 de mayo de 1984¹³⁰. El propio tribunal señala en sus posteriores decisiones que la citada sentencia es su primer pronunciamiento en este sentido¹³¹. Con anterioridad a esta primera decisión del Tribunal Supremo de 1984 existen ya voces doctrinales favorables a la reparación del daño moral contractual, como Rocés o Castán¹³². Pero, sin duda, es Alvarez Vigaray, en 1966, el mayor defensor de la resarcibilidad del daño moral derivado del incumplimiento del contrato¹³³.

Ninguno de los dos preceptos actuales (arts. 1106 y 1107 CC) prohíbe la reparación del daño moral contractual, de modo que sería posible hoy en día realizar una relectura de los mismos que permitiera incluir en su ámbito el daño moral. La lectura tradicional de estos preceptos (esto es, la contemplación exclusiva del daño patrimonial) se comprende bien, además de por la opción antes

¹³⁰ RJ 1984/2403 (Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas). Los hechos son los siguientes: D. Adolfo Serra Babiera solicita la reparación de los daños morales sufridos a causa de la omisión por la Compañía Telefónica, en su guía de 1977, de su nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono, tanto en la parte alfabética como en las páginas amarillas. Estos datos se habían incluido en todas las guías de la provincia de Lérida desde 1960, año en que el demandante celebra con la compañía un contrato de suplemento publicitario. En concreto, el actor reclama la indemnización de un millón de las antiguas pesetas por los daños morales y la retirada de todas las guías telefónicas de la provincia de Lérida del año 1977. El JPI estima parcialmente la demanda condenando a la Compañía telefónica al pago como indemnización de la cantidad que se fije en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial estima el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Telefónica, a la que absuelve de cualquier demanda. El demandante interpone recurso de casación y el Supremo ha lugar al mismo, confirmando la sentencia de primera instancia. Entiende el Tribunal Supremo que aquí están en riesgo «la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela». Sin duda es muy discutible que en este caso se lesione el prestigio profesional del demandante, vulnerando su fama o atentando contra su propia estimación, a causa de la omisión negligente por parte de la Compañía telefónica del nombre y profesión del demandante. Ahora bien, como sí indica la propia sentencia, de la omisión de estos datos en la guía del año 1977 sí puede derivar una cierta incertidumbre en los destinatarios de la guía en cuanto a su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en una pérdida de clientela y, por consiguiente, en unas ganancias dejadas de percibir. Lo que en realidad hay aquí, pues, es un problema de lucro cesante. Al ser de difícil prueba el número de clientes y, en especial, la cantidad de ingresos que ha podido perder tras la omisión de los datos, la sentencia acude a la fórmula más cómoda de indemnizar el daño moral (IGARTUA ARREGUI, CCJC, 1984, p. 1640).

¹³¹ Sin embargo, es cierto que ya con anterioridad alguna sentencia aislada, como la STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1534) (ponente: Excmo. Sr. Tomás Ogayar y Ayllón), acoge de forma implícita el principio del resarcimiento del daño moral contractual, en la medida en que se niega la indemnización únicamente por falta de prueba del hecho generador del presunto daño moral, pero no por razón de su ubicación en el marco contractual.

¹³² ROCES, 1928, que lleva a cabo una traducción, con concordancias y un apéndice sobre el derecho español de la obra alemana *Der schaden nach dem Bürgerlichen gesetzbuche für das Deutsche Reich* de Fischer, y CASTÁN TOBEÑAS, 1954.

¹³³ ALVAREZ VIGARAY, ADC, 1966, pp. 81 ss.

analizada del Código Civil francés, que es su fuente de inspiración, por la ubicación de la promulgación del CC en el Liberalismo, época en la que se busca fundamentalmente la protección del patrimonio. Esto explica, por una parte, que esta preocupación por la tutela del patrimonio ha impregnado desde la Codificación el Derecho Civil en general, de manera que nunca se ha protegido y se ha tratado de la misma forma a la persona en cuanto tal que a su patrimonio, contradiciéndose con ello la finalidad esencial que posee esta rama del ordenamiento, que no es otra que la defensa de la persona. Por otra parte, ello justifica el espíritu economicista de que está revestido nuestro Derecho de Obligaciones, configurado por el legislador para regular las relaciones entre particulares que tuvieran una proyección económica.

El panorama descrito puede sufrir cambios a raíz de la promulgación de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), texto en el que hay una protección integral de la persona, protección que recae tanto en su esfera personal como en su esfera económica. A la luz del texto constitucional cabría llevar a cabo una relectura del ordenamiento jurídico en su conjunto y, por consiguiente, también de las normas del CC reguladoras del Derecho de Obligaciones y Contratos. Así, cuando la normativa civil manda indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento contractual, podría entenderse en la actualidad comprendido en principio, tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a su ámbito físico y psíquico.

Además, el artículo 1106 CC contiene términos generales y amplios, así, «daño» y «pérdida». En la palabra «daño» pueden entenderse comprendidos tanto el patrimonial como el moral. Por su parte, la expresión «pérdida» del precepto admite cualquier privación de un bien, sea material o moral, acorde con la definición del término de la Real Academia Española («*carencia, privación de lo que se poseía*»). Otro argumento a favor de la inclusión del daño moral en el citado artículo 1106 es que este precepto, aunque se refiere únicamente al daño patrimonial, no posee como finalidad la exclusión de su ámbito del daño no patrimonial; de hecho, no hay en él una exclusión expresa del daño moral. Al revés, la doctrina ha mantenido que el sentido de esta norma es una inclusión, su objetivo único ha sido dejar claro, frente a las dudas que se suscitan en la tradición precodificada, que el lucro cesante también se indemniza («*no sólo... sino también*»). En absoluto ha pretendido significar que el daño emergente y el lucro cesante constituyan los límites de la reparación del daño contractual¹³⁴.

¹³⁴ En este sentido CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC», 1989, p. 669.

Es, sin duda, llamativo que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos no mencione el daño moral en los artículos 1205 y ss, cuyo objeto es la regulación del remedio de la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento del contrato. Y es sorprendente, no solo porque se aparta en este aspecto concreto de sus fuentes de inspiración (que son los textos dirigidos a la armonización del Derecho de Obligaciones en Europa, que sí admiten, como luego veremos, la reparación del daño moral contractual), sino también porque se aleja de la jurisprudencia mayoritaria actual del Tribunal Supremo español, sobre todo teniendo en cuenta que el tenor literal del artículo 1106 del CC no prohíbe de forma expresa la reparación del daño moral¹³⁵. También guarda silencio sobre la reparación de este tipo de daño el artículo 518-21 de la *PCC* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En el caso concreto de la PMCC probablemente no se trate de ningún olvido inconsciente por parte de sus redactores, sino de una opción de éstos, bien sea por la falta de unanimidad existente en nuestro ordenamiento actual en este punto concreto, bien por la preferencia por un concepto estricto de daño moral, limitándose su reparación a aquellas hipótesis de incumplimiento contractual en las que se lesionen derechos de la personalidad del acreedor. Ahora bien, se ha apuntado con acierto, como posibles alternativas, o bien la conveniencia de un pronunciamiento favorable a la simple reparación del daño moral contractual en la PMCC, dejando a la labor doctrinal y jurisprudencial posterior la determinación de los criterios y condiciones de tal reparación¹³⁶, o bien, al menos, la conveniencia de una toma de postura clara sobre este punto¹³⁷. A mi juicio, como he indicado antes, el debate del daño moral contractual no radica tanto en la aceptación de su indemnización como en los límites a los que ésta debe sujetarse. En este sentido es preciso subrayar la relevancia de la sentencia objeto del presente comentario, STS de 23 de julio de 2021, en cuanto trata de apuntar una serie de pautas y criterios claros para decidir en qué casos y bajo qué condiciones cabe reparar en nuestro ordenamiento el daño moral contractual.

¹³⁵ En este sentido ROCA TRÍAS, *BMJ*, 2011, pp. 21-22.

¹³⁶ FENOY PICÓN, *ADC*, 2011, p. 1631.

¹³⁷ GÓMEZ CALLE, *ADC*, 2012, p. 100.

5.2. Premisas del Tribunal Supremo en las que basa su decisión de condena a la reparación del daño moral contractual

El Tribunal Supremo concluye en su sentencia de 23 de julio de 2021, tras un largo razonamiento, que la distribuidora Vaesa debe indemnizar el daño moral sufrido por el consumidor demandante con la cantidad de 500 euros, desestimando la demanda, en cambio, contra la concesionaria M. Conde Premium S. L. De acuerdo con su fundamento 7.º *«El daño moral sufrido por el demandante viene causado no tanto porque los niveles reales de emisiones contaminantes sean superiores a determinados límites como por la incertidumbre y el desasosiego derivado del descubrimiento, en el contexto de un grave escándalo en la opinión pública, de que el vehículo que ha comprado incorporaba un dispositivo ilegal que falseaba los resultados de las pruebas de homologación del vehículo en lo relativo a emisiones de gases contaminantes, con consecuencias inciertas (repercusiones de la intervención que habría que realizarse en el vehículo, penalizaciones fiscales, posibilidad de paralización por no corresponder la autorización de circulación al tipo homologado debido al dispositivo de desactivación prohibido por el art. 5.1 del Reglamento 715/2007, posibilidad de restricción de acceso a determinadas zonas urbanas, etc), teniendo en cuenta la importancia que para un comprador de automóvil tiene la seguridad de que no se verá privado, aunque sea temporalmente, de su uso o restringido a determinadas áreas».*

A mi juicio, cabría distinguir hasta cuatro premisas de las que parte el Tribunal Supremo en el extenso razonamiento mantenido en su fundamento 7.º, que le conducen a concluir la condena a indemnizar el daño moral contractual a la distribuidora Vaesa.

5.2.1 PRIMERA PREMISA: ADOPCIÓN DE UN CONCEPTO DE DAÑO MORAL IDENTIFICADO CON LA LESIÓN DE BIENES O DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La tesis partidaria de un concepto estricto de daño moral, que atiende a la naturaleza del derecho lesionado, restringe el daño moral a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico que resultan de lesiones a derechos de la personalidad¹³⁸. Así pues, tal tesis, a la que parece adherirse esta sentencia objeto del presente comentario, sostiene que no se indemnizan con carácter general los

¹³⁸ Partidario de tal tesis Díez-PICAZO, 1999, pp. 328-329.

daños morales contractuales, ya que es poco usual que los incumplimientos de contratos lleven consigo la vulneración de derechos de la personalidad del acreedor. Cabe enumerar, no obstante, algunas excepciones de contratos en los que, de algún modo, directo o indirecto, están en juego derechos o bienes de la personalidad del acreedor.

Así, hay contratos cuyo objeto inmediato son este tipo de derechos o, al menos, la vertiente patrimonial de ciertos derechos de la personalidad: venta de memorias por un famoso a una revista, deportistas que ceden su derecho a la imagen a una determinada empresa, o paciente que contrata los servicios de un médico para que le haga una delicada operación. En segundo lugar, el incumplimiento de otros contratos puede dañar, al menos de forma secundaria, derechos de la personalidad: transportista que causa de modo imprudente lesiones a los viajeros, mandatario que no custodia con diligencia papeles íntimos del mandante, comerciante que sufre un quebranto en su buen nombre profesional al no recibir de su distribuidor los objetos que había asegurado entregar a varios clientes en una fecha determinada... Pero en la inmensa mayoría de los contratos, efectivamente, es muy complicado mantener que el incumplimiento genera una lesión de un derecho de la personalidad del acreedor¹³⁹.

¹³⁹ Esta tesis es adoptada por el vigente ordenamiento alemán. La segunda ley alemana de modificación del Derecho de Daños de 19 de julio de 2002 (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*), aunque mantiene todavía el principio de especialidad en el § 253 (1) *BGB*, ha introducido, con la adición de un segundo párrafo al citado parágrafo, un cambio significativo en cuanto parece suponer en principio, la ampliación de la indemnización del daño no patrimonial a otros ámbitos distintos al de la responsabilidad civil extracontractual («*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*») (Cfr. http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_253.html). Esta novedad se desprende de la distinta ubicación de la regulación del resarcimiento de los daños no patrimoniales, que ha pasado de su originaria ubicación en sede de responsabilidad civil extracontractual a la Parte General de las Obligaciones. Ello ha comportado de manera automática la posibilidad de que la reparación del daño no patrimonial se extienda a otras fuentes de la responsabilidad distintas de la responsabilidad extracontractual por culpa, en torno a la cual el legislador de 1896 había construido la disciplina del resarcimiento del daño. Esto es, a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad objetiva o por riesgo (LAMARCA I MARQUÉS/RAMOS GONZÁLEZ, *InDret* 3/2002, pp. 1-2). Ahora bien, la regulación que contiene el § 253 (2) *BGB* no supone que vaya a indemnizarse todo daño no patrimonial que surja del incumplimiento de un contrato, sino sólo el que resulte de la violación de uno de los intereses o derechos que la propia norma regula (cuerpo, salud, libertad o autodeterminación sexual). En este sentido se pronuncia LOOSCHELDERS, 2021, pp. 603-604, que cita el siguiente ejemplo: una banda va a tocar en la celebración de una boda y pocas horas antes de la misma la banda cancela la actuación por un encargo más ventajoso. La boda se celebra sin música en directo. Los novios tienen una pretensión de indemnización del daño, pero como no ha sido vulnerado ninguno de los bienes jurídicos del parágrafo 253 (2), esta pretensión no se extiende al daño moral causado por «echar a perder» la celebración de su boda.

Esta tesis doctrinal, que parte de un concepto estricto del daño moral, es elogiada en cuanto supone un freno a una aceptación indiscriminada de la reparación del daño moral contractual, y qué duda cabe de que ello aporta una deseada seguridad jurídica. Pero quizás pueda discutirse si la adopción de un concepto estricto de daño moral es el camino más adecuado para ello. Por varias razones: por una parte, resulta difícil identificar todos los bienes dignos de protección cuya lesión puede generar el deber de indemnizar; así, el concepto de derecho de la personalidad no está bien definido y, sin duda, hoy en día se confunde con el de los derechos fundamentales consagrados en la *CE* 1978. Salvo en el caso de los derechos de la personalidad regulados de modo específico por la ley es complicado individualizar otros distintos. Probablemente esta tesis pueda, incluso, contribuir, sin desde luego pretenderlo, a la degradación del concepto de derecho de la personalidad, ya que todo el dolor o el padecimiento de una persona puede reconducirse al final a la vulneración de su derecho a la integridad física y moral, de su honor, de su intimidad personal, de su libertad ideológica, o dignidad, en sus más variadas manifestaciones¹⁴⁰.

Por otra parte, si sólo han de repararse los daños morales consistentes en sufrimientos que traen su causa de la lesión de derechos de la personalidad, quedarían sin protección otros perjuicios no patrimoniales derivados de la vulneración de ciertos bienes o intereses que no pueden reconducirse en sentido estricto a la figura de los derechos de la personalidad, pero que son considerados dignos de tutela jurídica en nuestra sociedad actual¹⁴¹. Piénsese, por ejemplo, en la pérdida del disfrute vacacional sufrido por una familia cuando el viaje programado queda frustrado por negligencia de la organizadora del mismo. O el supuesto del obligado desalojo de la vivienda por parte de su propietario debido al derrumbamiento total o parcial del inmueble imputable a un agente de la edificación. El placer que una persona experimenta en su tiempo de ocio y el disfrute psicológico de disponer de una vivienda que cumpla sus expectativas son intereses o bienes de gran estima y valoración social en la actualidad. A los dos argumentos anteriores cabe añadir que no hay en nuestro ordenamiento un sistema de reparación basado en la lesión de derechos subjetivos. Así, en la cláusula general de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC no existe ninguna lista de intereses tutelados a partir de

¹⁴⁰ LÓPEZ FERNÁNDEZ, 2006, p. 1716.

¹⁴¹ En este sentido PARRA LUCÁN, *CCJC*, 1994, p. 585.

la cual pueda ligarse la producción de un daño moral con la lesión de ciertos intereses extrapatrimoniales¹⁴².

Frente a la tesis estricta del concepto del daño moral existe aquella que sostiene, por el contrario, un concepto amplio de daño moral, consistente, en primer lugar, en considerar superada la construcción del daño moral como «*pretium doloris*» y como sinónimo de ataque o lesión a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad y, en segundo lugar, en definir el perjuicio moral como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, también en los casos en que el interés primariamente lesionado posee naturaleza patrimonial.

Ahora bien, la adopción, sin más matizaciones, de un concepto amplio de daño no patrimonial puede conducir a consecuencias inaceptables: a reparar de forma automática, en cualquier caso, todo perjuicio no patrimonial que derive del incumplimiento del contrato. Y es indudable que siempre es posible mantener la existencia de un cierto daño no material tras el incumplimiento contractual, aunque sólo sea porque, cuando el deudor incumple, el acreedor como mínimo experimenta un disgusto o una ansiedad, puesto que tenía unas expectativas claras que resultan frustradas¹⁴³. Ello puede llevar consigo, ciertamente, una degradación del concepto de daño moral¹⁴⁴. En este sentido es interesante la observación que ha hecho la doctrina, en el sentido de que ha de exigirse que la lesión moral causada por el incumplimiento contractual ha de poseer una entidad propia y separada del simple incumplimiento como hecho. Esto es, no puede ser objeto de reparación autónoma la frustración de no recibir el cumplimiento esperado o la imposibilidad de prestar el servicio a que el acreedor se había comprometido¹⁴⁵.

Desde luego la tesis de un concepto estricto de daño moral que parece aceptar la sentencia objeto del presente comentario no es un hecho aislado en la jurisprudencia. Otros ejemplos de pronunciamientos que sostienen la misma concepción son las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010¹⁴⁶, de 31 de octubre de 2002¹⁴⁷ o de 30 de julio de 2001¹⁴⁸. Frente a estas decisiones judiciales cabe citar también sentencias de signo contrario, con un

¹⁴² PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 1902 CC», 1993, p. 1972.

¹⁴³ IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1984, p. 1642.

¹⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 322.

¹⁴⁵ ASÍ CARRASCO PERERA, 2021, 23/73. En un sentido parecido señala SOLÉ FELIÚ, *InDret* 1/2009, p. 30, que el perjuicio tiene que constituir un plus a la simple incomodidad o al malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual. El riesgo de que se produzca un incumplimiento va implícito en toda relación contractual y así lo asume cada una de las partes contratantes.

¹⁴⁶ *RJ* 2010/5151. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁴⁷ *RJ* 2002/9736. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

¹⁴⁸ *RJ* 2001/5183. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela.

concepto amplio del daño moral, como las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006¹⁴⁹, de 31 mayo de 2000¹⁵⁰, de 22 de noviembre de 1997¹⁵¹ o de 31 de mayo de 1983¹⁵². Es muy difícil concluir cuál de estas dos líneas jurisprudenciales está predominando hoy porque al final, la lista de bienes de la personalidad se ha ampliado tanto que no puede afirmarse con certeza que se ha optado por un criterio estricto del daño moral¹⁵³.

En cualquier caso, siendo deseable la limitación de la resarcibilidad del daño moral contractual, parece que, para conseguir dicha finalidad, es mejor instrumento el uso de los criterios de imputación objetiva del daño que el uso de un concepto estricto del daño moral. En particular, es crucial acudir al fundamental criterio del fin de protección de la norma contractual.

Las sentencias de instancia que, en los casos del Dieselgate, han concedido una indemnización por el daño moral al consumidor no hay la menor duda de que emplean un concepto amplio de daño moral, identificándolo con carácter general con la zozobra derivada de la aparición de un defecto oculto en el coche, de la incertidumbre respecto del alcance del fraude y de la inseguridad sobre el curso y resultado de la reclamación a interponer, o sobre la viabilidad o efectos de la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor¹⁵⁴. En alguna decisión también se condena a indemnizar el daño moral, además de por la angustia del comprador, por las molestias de tener que pedir cita al taller y perder el tiempo en llevar el coche y recogerlo, alterando la agenda normal de cualquier persona que no debería preocuparse por estos trámites si no hubiera existido la incidencia¹⁵⁵. Aunque se ha alegado también como posible daño moral la pérdida de confianza del comprador en el producto adquirido, se ha considerado que el

¹⁴⁹ *RJ* 2006/6548. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁵⁰ *RJ* 2000/5089. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Eugenio Corbal Fernández.

¹⁵¹ *RJ* 1997/8097. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

¹⁵² *RJ* 1983/2956. Ponente: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso.

¹⁵³ En este sentido CARRASCO PERERA, 2021, 23/73.

¹⁵⁴ Así, entre otras, las SSAP de Madrid (sección 20.ª) núm. 301/2019 de 1 de julio; Burgos (sección 2.ª) núm. 304/2018 de 18 de septiembre; Segovia (sección 1.ª) núm. 210/2018 de 12 de septiembre (AC 2018/1653. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno); Salamanca (sección 1.ª) núm. 38/2018 de 9 de febrero; Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 334/2017 de 20 de octubre; Islas Baleares (sección 5.ª) núm. 288/2017 de 17 de octubre e Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 424/2017 de 29 de diciembre (AC 2017/1936. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen). La cifra otorgada por la indemnización del daño moral suele ser la de 500 euros. Excepcionalmente la SAP de Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 434/2019 de 5 de noviembre (AC 2019/1726. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Alvaro Artola Fernández) confirma la sentencia del JPI, que concede la indemnización simbólica de 200 euros por el daño moral, en la medida en que el paso del tiempo ha ido desvelando que la incidencia ocurrida no tiene repercusión alguna en el buen funcionamiento de los vehículos afectados.

¹⁵⁵ SAP de Islas Baleares (sección 4.ª) núm. 77/2020 de 2 de marzo.

mismo quedaría bastante atenuado porque desde el primer momento se anunció en los medios de comunicación por el propio fabricante que la instalación del software ilegal no llevaba consigo ni la retirada de la homologación del vehículo, ni una restricción a su circulación ni incidía en la circulación segura y las prestaciones del vehículo¹⁵⁶.

En alguna ocasión se ha utilizado, como fundamento para desestimar la petición de indemnización del daño moral, un concepto restringido de tal daño. El demandante comprador, persona jurídica, solicita que se indemnicen los daños causados a los conductores y al público en general en su salud por las emisiones excesivas emitidas por el motor fuera del ciclo de homologación, los daños a los competidores e incluso los daños a los inversores accionistas de la propia fabricante. La respuesta que da el tribunal es que el actor en ningún momento acredita que se trate de una afección directa de bienes personales, y que detrás de su petición de reparación del daño moral parece subyacer una sanción o castigo a una conducta fraudulenta, que en ningún caso tiene cabida en el derecho civil¹⁵⁷.

Se ha alegado, por último, aunque no por parte de los pronunciamientos judiciales sino por la doctrina, el denominado daño identitario (*identity harm*), que consiste en la angustia sufrida por un consumidor que descubre que sus esfuerzos por vivir conforme a sus valores personales se han visto alterados por las promesas falsas de un vendedor o de un fabricante sobre sus productos. Experimentarían esta clase de daños aquellos compradores que, con serias convicciones ambientales, adquirieron sus vehículos no solo por sus estéticas prestaciones, sino con la firme conciencia de que era la mejor elección posible en términos de protección del medio ambiente y de la salud. Se ha considerado, con razón, que es cierto que podría existir esta frustración de la legítima confianza que debería ser reparada, pero el problema es que ello no puede concluirse sin pruebas adicionales de que esa condición concurriría en cada uno de los adquirentes afectados, ya que es muy cuestionable que todos los compradores de estos vehículos donde se ha instalado el software ilegal hayan estimado esta circunstancia como esencial en su adquisición¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SAP Burgos (sección 3.ª) núm. 168/2019 de 29 de marzo (AC 2019/602. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Melgosa Camarero).

¹⁵⁷ En este sentido la SAP de Cantabria (sección 2.ª) núm. 31/2018 de 22 de enero. En similar sentido las ya citadas SSAP de Barcelona (sección 1.ª) núm. 11/2019 de 21 de enero y Cantabria (sección 2.ª) sentencia núm. 158/2018 de 13 de marzo.

¹⁵⁸ En este sentido SUNOL/MARCOS, *Almacén de Derecho*, 2021.

5.2.2 SEGUNDA PREMISA: DISTINCIÓN ENTRE CONTRATOS CON CONTENIDO PURAMENTE ECONÓMICO Y CONTRATOS SIN DICHO CONTENIDO

El razonamiento del Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario parece apuntar un tratamiento diferente en cuanto a la reparación del daño moral entre contratos que tienen un contenido puramente económico y los que no lo tienen. En la doctrina sí cabe hallar también esta distinción entre un primer bloque de contratos que, o bien poseen como finalidad primordial la satisfacción al acreedor de un interés de carácter inmaterial (bienestar, placer o tranquilidad), o bien, aunque su objeto inmediato no sea un interés inmaterial del acreedor, la clase de prestación o la forma en que el deudor ha de cumplirla lleva consigo el deber de respetar intereses inmateriales del acreedor (como los contratos de servicios funerarios)¹⁵⁹. Luego hay un segundo bloque de contratos cuya finalidad es la satisfacción, principalmente, de un interés patrimonial; así, contratos en principio orientados a transmitir la propiedad o ceder el uso de cosas¹⁶⁰. Realmente los casos difíciles son estos segundos.

Dentro de los trabajos que en los últimos años se están realizando en Europa para la construcción de un Derecho Contractual armonizado reviste un especial interés la materia de la reparación del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de contrato, ya que, frente a la regulación prevista en los códigos civiles decimonónicos, hay una admisión generalizada y explícita de la reparación de tal daño en dichos textos. Así, se reconoce como partida indemnizable en los artículos 9:501 (2) PECL¹⁶¹, 7.4.2 (2)

¹⁵⁹ Sobre estos grupos de casos véase SOLÉ FELIÚ, *InDret* 1/2009, pp. 32-33.

¹⁶⁰ Pero, como muy bien apunta LÓPEZ FERNÁNDEZ, 2006, p. 1732, la línea entre este segundo bloque de casos y el primero no es sencilla de trazar, porque, por una parte, todos los bienes son susceptibles de proporcionar disfrute moral (desde un vehículo hasta un paquete de acciones de una sociedad mercantil), y en muchos casos los bienes cuya propiedad o uso se transmite están estrechamente vinculados al disfrute del ocio. Así, la vivienda parece haber adquirido en nuestra sociedad actual una relevancia igual o mayor, incluso, que las vacaciones, ya que se ha convertido en un elemento esencial para el disfrute del tiempo libre. Por otra parte, en el caso de contratos celebrados con consumidores, hay que caer en la cuenta de que la publicidad hoy en día abarca desde el ensalzamiento de la calidad de determinados productos hasta el disfrute o la felicidad que produce su uso. Llega a afirmar este autor que lo que en realidad está ocurriendo es que la idoneidad o aptitud de un bien para procurar un determinado nivel de disfrute o satisfacción moral se está transformando en una cualidad de la cosa que, en caso de no darse finalmente, permite invocar un incumplimiento y la indemnización del daño moral derivado de la falta del disfrute prometido.

¹⁶¹ El artículo 9:501 PECL especifica que la indemnización por el incumplimiento del contrato incluye las pérdidas no pecuniarias, sin más precisiones al respecto [LANDO/BEALE (ed.), 2000, p. 436]. El comentario oficial del precepto identifica esa pérdida no pecuniaria con el dolor, el sufrimiento, las molestias y la aflicción psíquica que surgen a raíz del incumplimiento. Se ha sostenido que tal enumeración no constituye un *numerus clausus*, no sólo ya

PICC¹⁶² y en el artículo III.-3:701 DCFR¹⁶³. Por el contrario, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG) no contiene ningún reconocimiento expreso del daño moral contractual en su artículo 74¹⁶⁴.

porque las diferentes pérdidas no pecuniarias se hallan enunciadas a modo de ejemplo, sino también porque de la filosofía subyacente a la enumeración se deriva que, dentro del concepto de daño no patrimonial, puede incluirse cualquier lesión que sufran los contratantes en su ámbito personal (en este sentido PÉREZ VELÁZQUEZ, 2016, p. 243).

¹⁶² El artículo 7.4.2 de la 4.ª edición de los PICC, correspondiente al año 2016, establece el derecho de la parte perjudicada a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento contractual y señala los extremos de la reparación. Su número (1) se refiere, en términos clásicos, al daño emergente y al lucro cesante. Encierra una novedad sin precedentes en el derecho del comercio internacional su número (2), que menciona los daños no pecuniarios entre los resarcibles. En concreto, señala que tal daño no pecuniario «*incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional*». Si se cae en la cuenta de la influencia clara que ejerce la CISG sobre los PICC no deja de sorprender la radical diferencia existente entre ambos textos en cuanto a la reparación del daño no patrimonial contractual. Desde luego puede afirmarse, sin ninguna duda, que los ejemplos de daño no patrimonial que se mencionan de modo expreso en el artículo 7.4.2 PICC, esto es, el sufrimiento físico (*physical suffering*) y la angustia emocional (*emotional distress*), no constituyen una expresión, ni acertada ni conciliadora, con el ámbito propio de la contratación internacional y del mundo empresarial, además de que únicamente pueden ser sufridos por personas físicas y no jurídicas (MCKENDRICK, «Article 7.4.2 PICC», 2015, p. 985). El sufrimiento y la angustia emocional parecen más propios de contratos celebrados entre un profesional y un consumidor y, como es conocido, los contratos celebrados con consumidores están excluidos del ámbito de aplicación de los PICC.

¹⁶³ El DCFR prevé en el artículo III.-3:701 que el acreedor puede reclamar daños no patrimoniales por el incumplimiento contractual, que incluyen el dolor y sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida [STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 915]. Los comentarios al precepto detallan, por su parte, que el daño no económico indemnizable puede ser, a título ejemplificativo, el dolor y el sufrimiento, las molestias, la aflicción psíquica y cualquier otro deterioro de la calidad de vida que resulte del incumplimiento (*Idem*, p. 917).

¹⁶⁴ Tal precepto, que señala la regla general en materia de indemnización de daños y perjuicios, afirma que tal indemnización por el incumplimiento de contrato consiste en el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento, con el límite representado por la noción de la previsibilidad. La opinión doctrinal dominante es que el artículo 74 CISG queda restringido a la indemnización del daño patrimonial (GOTANDA, «Article 74 CISG», 2011, p. 1001). La principal razón esgrimida está relacionada directamente con el tipo de contratos que constituyen el ámbito de la Convención y con la clase de daños no patrimoniales que del incumplimiento de aquellos puede derivar. Este texto se está refiriendo a contratos con un claro contenido comercial. Así, de forma expresa el artículo 2 a) saca fuera de la Convención las compraventas de mercaderías (que el vendedor reconozca o pueda reconocer compradas) para uso personal, familiar o doméstico. El motivo fundamental para excluir las compras de consumo es, por una parte, impedir que las reglas de la Convención entren en conflicto con las normas imperativas de protección a los consumidores existentes en muchos países y, por otra parte, la escasa relevancia que desde el punto de vista económico poseen tales ventas para el comercio internacional (en este sentido HONNOLD, 1987, pp. 85-87). Se ha afirmado que sólo las compraventas para uso personal, familiar o doméstico suelen causar al comprador perjuicios no patrimoniales (PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 74», 1998, p. 593). Al menos cabe sostener que el sufrimiento psíquico o la angustia emocional parecen en principio daños más propios de contratos no celebrados entre profesionales. No obstante, si bien el sufrimiento psíquico o la angustia emocional son daños no patrimoniales que no parecen estar en juego en los contratos regulados por la CISG de acuerdo con la naturaleza comercial de los mismos, sí que se ha puntualizado que podría estar dentro de su ámbito el daño derivado de la pérdida de reputación, del crédito o del prestigio ante la clientela (PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 74», 1998, p. 594).

Ahora bien, la primera idea que me interesa trasladar aquí de forma muy sintética, por razones lógicas de espacio en el presente trabajo, es que los citados textos (excepto la CISG) realmente admiten la reparación del daño moral sin hacer una distinción explícita entre los tipos de contratos y sin determinar los criterios concretos que permitan fijar en qué supuestos y bajo qué condiciones tal daño ha de indemnizarse. Estos textos se limitan a adoptar un concepto amplio de daño no patrimonial. La adopción de dicho concepto amplio encierra una fórmula abierta que permite ser aceptada con más facilidad por todos los países miembros de la Unión Europea, en los cuales hay una clara disparidad en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios y en la clase de daños concretos que cabe reparar¹⁶⁵.

Por otra parte, el peligro inherente a que una fórmula semejante conduzca en la práctica a indemnizar el daño no patrimonial en cualquier caso de incumplimiento de contrato, probablemente queda solventado, o al menos atenuado, a partir de la regla general de la previsibilidad del daño incluida en los PECL, los PICC y el DCFR: de tales textos cabe extraer la idea de que el deudor incumplidor sólo debe responder del daño previsto o que hubiera podido prever en el momento de la celebración del contrato¹⁶⁶. La aplicación de la regla de la previsibilidad del daño a cada supuesto implica plantearse, como se analizará a continuación, si el interés no patrimonial del acreedor, que resulta lesionado por el comportamiento del deudor, se ha incorporado al contrato, de manera que el deudor asume el riesgo de tener que reparar tal interés en caso de incumplimiento por su parte.

5.2.3 TERCERA PREMISA: EN EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CON CONTENIDO PURAMENTE ECONÓMICO NO CABE MANTENER CON CARÁCTER GENERAL UNA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LOS DAÑOS MORALES AL DEUDOR EN VIRTUD DEL CRITERIO DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Señala el Tribunal Supremo en el pronunciamiento objeto del presente comentario que para la admisión de la reparación de los daños morales contractuales no basta con la mera relación de causalidad física («fenomenológica» en los términos utilizados por la sentencia) entre el comportamiento del demandado y los hechos en

¹⁶⁵ En este sentido son suficientemente clarificadoras las notas de Derecho Comparado del artículo 9:501 PECL, véase LANDO/BEALE (ed), 2000, pp. 437-438.

¹⁶⁶ Véase los artículos 7.4.4 PICC, 9:503 PECL y III-3: 703 DCFR. Consúltense sobre ello ZIMMERMANN, 2000, pp. 129-130 y STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), 2009, p. 250.

los que los daños se concretan, sino que es preciso que, además, se establezca una imputación objetiva. De ahí concluye que, en el caso de incumplimiento de contratos con un contenido puramente económico, cuando explícita o implícitamente no se ha tenido en cuenta la vulneración de bienes o derechos de la personalidad (como la integridad moral, la dignidad o la libertad personal), no cabe establecer una imputación objetiva de los daños morales al agente del hecho lesivo con base en el criterio del fin de protección de la norma.

Efectivamente, la doctrina ya venía utilizando el criterio del fin de protección del contrato para determinar el daño indemnizable en la responsabilidad contractual. Dicho criterio es el marco en el que ha de encajarse, en cada supuesto, el interés del acreedor tutelado por el contrato, cuya vulneración por el incumplimiento da lugar a un daño susceptible de repararse. Las partes contratantes normalmente prevén las obligaciones, pero no los efectos que va a tener el incumplimiento de las mismas. Ante el silencio de las partes sobre este último extremo en el contrato, hay que proceder a interpretar el mismo para concluir cuál es su fin de protección y qué daños deben repararse en caso de incumplimiento. El párrafo 1.º del artículo 1107 CC proporciona la regla para averiguar el fin de protección del contrato en cada supuesto concreto, por tanto, para individualizar qué daños causados por el incumplimiento han de ser indemnizados y cuáles no¹⁶⁷. Tal norma contiene una referencia explícita a la previsión o previsibilidad del daño al tiempo de contratar y su origen se halla en *Pothier*, que utiliza dicha regla para explicar los daños indemnizables en la hipótesis de incumplimiento contractual.

Morales Moreno señala que, aunque del tenor literal del artículo 1107. I CC pudiera extraerse la idea de que el artículo se refiere a dos requisitos diferentes que han de concurrir a la vez («previsibilidad de los daños en el momento de contratar» –referido al interés protegido, por consiguiente, al fin de protección del contrato– y «que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento» –referido a la relación de causalidad), el estudio de los antecedentes del precepto conduce a sostener que ambas expresiones se refieren al mismo requisito: el fin de protección del contrato¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Sobre ello extensamente MORALES MORENO, 2010, pp. 93-96. En sentido similar señala PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1991, p. 1026, que el artículo 1107.1.º CC es la manifestación típica en el ámbito de la responsabilidad contractual del criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad». Es decir, la norma fundamentadora es el contrato mismo.

¹⁶⁸ Ampliamente MORALES MORENO, 2010, pp. 158-163.

Por tanto, habrá de aplicarse el artículo 1107. I CC con el objetivo de averiguar el fin de protección del contrato y de analizar si el daño moral era previsible para el deudor y si, por tanto, la relación obligatoria le imponía, respecto a la prestación comprometida, especiales deberes de diligencia o de protección dirigidos a evitar tal daño¹⁶⁹. Si estamos ante un contrato de naturaleza puramente económica, como es el caso de la sentencia objeto del presente comentario, lo usual es que en el contenido del contrato no se tomen en consideración los daños no patrimoniales que pueda sufrir el acreedor ante un posible incumplimiento. Lo contrario ocurre, como se ha apuntado, en contratos en los que la prestación principal consiste en proporcionar al acreedor bienestar o placer (contratos de viaje combinado), o bien una satisfacción emocional (contratos ligados a la celebración de una boda), o bien contratos en los que la clase de prestación o el modo en que esta debe realizarse lleva consigo el deber de respetar ciertos bienes inmateriales de los contratantes (contratos relacionados con servicios funerarios)¹⁷⁰. En principio solo en estos últimos tipos de contratos, de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia analizada, los daños no patrimoniales serán previsibles para el deudor y tendrá que repararlos en caso de incumplimiento contractual.

5.2.4 CUARTA PREMISA: EN EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DOLOSO EL ARTÍCULO 1107. II DEL CÓDIGO CIVIL LLEVA CONSIGO UNA AMPLIACIÓN DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA PARA DETERMINAR LOS DAÑOS OBJETO DE REPARACIÓN

Sostiene la sentencia objeto de comentario, reiterando su doctrina anterior en la sentencia de 15 de junio de 2010, que cuando se está ante un incumplimiento contractual doloso ya no se aplica el criterio de la previsibilidad del daño del párrafo 1.º del artículo 1107, sino su párrafo 2.º, que conduce a una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser indemnizados por el deudor.

Explica Morales Moreno¹⁷¹ que cuando el incumplimiento implica, además de incumplimiento, un acto doloso por parte del deudor, que lesiona otros bienes o intereses del acreedor diferentes

¹⁶⁹ Díez-PICAZO, 1993, p. 688.

¹⁷⁰ A juicio de CARRASCO PERERA, 2021, 23/78, no es suficiente con que el incumplimiento haya provocado efectos afectivos colaterales, sino que para su reparación «es preciso que la prestación comprometida satisfaga (no solo, necesariamente) intereses afectivos, no comercializables y que el proveedor lo sepa, y pague por ello».

¹⁷¹ 2010, pp. 172-173.

de los incluidos en el fin de protección del contrato, no cabe restringir la indemnización a estos últimos. Por eso afirma que, si el deudor es doloso, ha de fijarse un sistema distinto de imputación de los daños indemnizables, es decir, ha de ensancharse el ámbito de imputación de los daños reparables debido a la reprochabilidad del acto doloso y a que la lesión incide en intereses no comprendidos en el fin de protección del contrato¹⁷². En opinión de Morales Moreno la función que posee el artículo 1107. II CC es la de «*impedir que el deudor que con su incumplimiento doloso causa un daño fuera del ámbito del fin de protección del contrato, pueda prevalecerse del sistema ordinario de imputación de la responsabilidad contractual, fundado en el incumplimiento del contrato, para evitar indemnizar ese daño*». A su juicio, la función del citado precepto no es sancionadora o punitiva, sino indemnizatoria; así, el párrafo 2.º viene a complementar la regla del párrafo 1.º, la cual muestra su insuficiencia cuando el acto de incumplimiento posee una doble faz: la del incumplimiento del contrato y la del dolo que reviste¹⁷³.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de julio de 2021 sigue el mismo razonamiento que el de su previa sentencia de 15 de junio de 2010, reproduciendo literalmente sus argumentos¹⁷⁴. Este último pronunciamiento sostiene la ampliación de los criterios de imputación objetiva que lleva consigo el artículo 1107. II CC, en cuanto establece que serán objeto de resarcimiento no solo los daños que pudieron preverse en el momento de la celebración del contrato sino también los que conocidamente se deriven del incumplimiento. Por tanto, afirma que, en caso de incumplimiento con-

¹⁷² *Idem*, p. 174. A juicio de Morales Moreno la justificación por la que el deudor doloso ha de asumir una responsabilidad con un contenido más amplio que el propio de la responsabilidad contractual (art. 1107. I CC) radica en que el dolo, que va junto al incumplimiento, lo transforma, y llega a constituir una causa de atribución diferente del simple incumplimiento.

¹⁷³ *Idem*, pp. 173-174 y 177. Según Morales Moreno (pp. 174 y 178) la regla de la imputación objetiva del artículo 1107. II no es distinta de la aplicable a la responsabilidad extracontractual: el CC ha optado por situar en el ámbito de la responsabilidad contractual la responsabilidad basada en el dolo, debido a la ligazón existente entre el dolo del deudor y el incumplimiento, pero ello no sería absolutamente necesario. En sentido similar PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1991, p. 1036.

¹⁷⁴ RJ 2010/5151 (Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos). La STS de 15 de junio de 2010 confirma la sentencia de primera instancia, la cual concede 100.000 euros por los sufrimientos morales y físicos padecidos por el comprador demandante durante el proceso de cierre de la empresa *Fast English SL* (franquiciada de *Open Master Spain*, comercializadora del sistema *Opening* de enseñanza de inglés). La sociedad franquiciadora tenía una difícil situación económica desde el año 2000, aunque no se hace pública la situación hasta el año 2002, momento en el que se declara en quiebra, con clara repercusión negativa en las empresas franquiciadas. Los vendedores demandados conocían con anterioridad a la venta de la empresa la situación económica de la franquicia. Pero ocultaron tal información al comprador, que se vio empujado a dirigir una empresa con un número ingente de deudas y obligaciones futuras muy gravosas y con numerosas reclamaciones judiciales procedentes de trabajadores, acreedores y estudiantes.

tractual doloso, además de aplicarse el criterio del carácter relevante del daño, se aplicará un criterio de imputación apoyado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento, con independencia de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños¹⁷⁵. La sentencia de 23 de julio de 2021 concluye, tras la reproducción del razonamiento de su sentencia anterior de 15 de junio de 2010, que podría imputarse objetivamente a la distribuidora Vaesa la causación de daños morales, en cuanto esta asume ante los adquirentes de los vehículos la responsabilidad del fabricante, el cual incumplió dolosamente el contrato al instalar el dispositivo fraudulento.

Parece que el Tribunal Supremo, tanto en la sentencia de 15 de junio de 2010 como en la sentencia objeto del presente comentario, está estableciendo una regla singular y específica de imputación objetiva para los daños morales que derivan de un incumplimiento contractual doloso, y que el tribunal llama «conexión objetiva» del daño moral con el incumplimiento¹⁷⁶. El problema es que no explica su significado concreto, siendo lo más probable que vaya más allá de la simple causalidad y que, por tanto, esté refiriéndose al criterio de la adecuación¹⁷⁷. Se ha criticado que la condición de la conexión objetiva es una regla vacía de contenido y que hubiera sido deseable que el tribunal la hubiera desarrollado para poder prever cuál sería su decisión acerca de la reparación de los daños

¹⁷⁵ Sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, que comenta esta sentencia, que la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Supremo en la misma, en relación a la reparación de los daños morales contractuales a partir del artículo 1107. II del Código Civil, establece un criterio de imputación novedoso. Este autor considera razonable indemnizar el daño moral contractual cuando este es relevante (como así sucede en la sentencia comentada), y ello a pesar de que normalmente doctrina y jurisprudencia hayan hecho una interpretación restrictiva de los daños objeto de reparación por el deudor doloso, manteniendo que este ha de responder solo de los daños ligados con los intereses del acreedor propios de la naturaleza del contrato, con el fin de evitar que finalmente, deba responder por consecuencias totalmente ajenas al contenido de este.

¹⁷⁶ En este sentido se pronuncia, en relación con la STS de 15 de junio de 2010, GARCÍA VICENTE, *CCJC*, 2011, p. 775. Ahora bien, como sostiene CARRASCO PERERA, 2021, 23/78, también en relación con la STS de 15 de junio de 2010, es inadmisibles entender, como parece afirmar dicha sentencia, que el simple hecho de que estemos ante un incumplimiento doloso en el sentido del artículo 1107. II CC «dispare la existencia de una especie de «daño moral de incumplimiento» en un contrato puramente comercial».

¹⁷⁷ Según MORALES MORENO, 2010, p. 179, en correspondencia a la función que cumple el artículo 1107. II CC, aquí ya explicada con anterioridad, el criterio de imputación objetiva que ha considerarse contenido en el citado precepto es el relativo a la teoría de la adecuación. Esto es, los daños reparables serán tanto aquellos daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor en el momento de ejecución del comportamiento doloso, como los daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial. Considera inaceptable PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1991, p. 1036, una interpretación del artículo 1107. II CC que conduzca a mantener que el deudor doloso responde de todos los daños que se acrediten ligados causalmente con el incumplimiento, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones.

morales contractuales en casos futuros¹⁷⁸. Como ya he indicado antes, el Tribunal también exige para la reparación del daño moral contractual la relevancia del mismo, de modo que, de acuerdo con la sentencia, ante la concurrencia de las dos reglas aludidas en el presente párrafo ya no hay que entrar a examinar si el contrato llevaba consigo o no la obligación de preservar al acreedor de los daños morales.

La sentencia objeto del presente comentario acaba concluyendo en el fundamento 9.º, frente a lo que sucede con la distribuidora Vaesa, que la empresa concesionaria carece de responsabilidad frente a la compradora en cuanto no se ha logrado acreditar que esta conociera la instalación del dispositivo ilegal, de modo que hubiera sido necesaria una actuación dolosa por su parte, a la vista de la naturaleza puramente económica del contrato de compraventa del automóvil, para que le fueran imputables objetivamente los daños morales derivados del incumplimiento contractual.

Ya he hecho referencia antes en este comentario a que, precisamente, una de las causas por las que en los diversos ordenamientos se han propuesto fórmulas que posibilitan atribuir al comprador una acción directa contra el fabricante, aunque no le haya suministrado directamente el producto, es la constatación de que en el actual sistema de producción y distribución, al vendedor le resulta sencillo acreditar, o que desconocía que el bien tuviera un defecto o, en general, que el defecto está fuera de su ámbito de control¹⁷⁹.

5.2.5 CONCLUSIÓN

Carrasco Perera, aunque ha manifestado sus objeciones desde el punto de vista de la técnica jurídica al mantenimiento de la responsabilidad contractual de la fabricante o distribuidora de los vehículos como la mejor fórmula para resolver los casos del Dieselsegate, señala, a la vez, que la solución final a la que llega la sentencia objeto del presente comentario es pragmática y puede generalizarse. Explica que no tendría sentido aplicar aquí remedios restitutorios ni producir una ineficacia con resultados que excederían el interés de cumplimiento del comprador. Por el contrario, la concesión de 500 euros por los daños morales sufridos por el cauce

¹⁷⁸ En este sentido, en relación con la STS de 15 de junio de 2010, GARCÍA VICENTE, *CCJC*, 2011, pp. 783-784. A su juicio debería haberse valorado las circunstancias que rodean el caso (si nos hallamos o no ante un tráfico profesional), los riesgos generalmente asumidos y los intereses que se ponen en riesgo cuando se ejercitan las actividades económicas (como la lesión de la reputación). Desde luego tampoco la STS de 23 de julio de 2021 lleva a cabo una mayor concreción de la regla, limitándose a reiterar la doctrina recogida en la anterior sentencia.

¹⁷⁹ En este sentido PARRA LUCÁN, 2014, p. 195. Señala esta misma idea en el ordenamiento alemán SCHMID, 2017, p. 39.

de la acción de responsabilidad civil contractual no posee costes especiales de reordenación del intercambio original¹⁸⁰.

En mi opinión la medida más adecuada para estos casos concretos del Dieselgate sería, sin duda, la aplicación de los remedios por falta de conformidad del TRLGDCU, siempre y cuando, claro, no hubieran prescrito; en particular, tal y como ha quedado puesto de manifiesto en este trabajo, la medida de la reparación del bien, que coincide, por otra parte, con la solución ofrecida por el fabricante en el momento del reconocimiento público del fraude. Es cierto que esta acción, de acuerdo con la normativa vigente, debe ejercitarse contra el vendedor, que respondería con independencia de su conocimiento del engaño y que luego dispondría de la acción de regreso contra el fabricante. Pero, aunque es el vendedor el obligado a reparar el bien, en cuanto es él quien responde de la falta de conformidad, eso no significa que la prestación de reparación deba realizarla él de modo personal. Así, es práctica habitual en España que cuando el comprador comunica al vendedor la existencia de una falta de conformidad en el bien, este le remita al servicio técnico del fabricante¹⁸¹. La aplicación de los remedios de la puesta en conformidad del bien son más correspondientes con la naturaleza del interés insatisfecho del acreedor.

Si se solicita, además, una indemnización por el daño moral al fabricante (o a la distribuidora), debería encauzarse hoy por hoy, para no tener que forzar el principio de la eficacia relativa de los contratos, por el artículo 1902 CC, ya que al haberse producido la admisión pública del hecho por Volkswagen no se darían los problemas de acreditación de los presupuestos exigidos por este precepto que, por el contrario, en otros supuestos de falta de conformidad sí que existen. La indemnización del daño moral cumpliría en este caso una evidente función preventiva (para Volkswagen y para el resto de los fabricantes), pero tengo muchas más dudas respecto al cumplimiento de la que es la función principal de la indemnización en nuestro ordenamiento, esto es, la función reparadora. Me parece complicado mantener que los compradores en estos casos hayan sufrido un daño moral relevante al dar a conocer rápidamente la propia fabricante, a través de su anuncio público en septiembre de 2015, tanto la fórmula de solución ante su conducta fraudu-

¹⁸⁰ Consúltase 2021, 23/96.

¹⁸¹ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 119 TRLGDCU», 2015, pp. 1736-1737, aclara, refiriéndose a los remedios de la reparación y de la sustitución, que, aunque cumpla la obligación un tercero, por ejemplo, el fabricante, no cabe olvidar que quien está obligado únicamente es el vendedor. Otro supuesto distinto es que el fabricante deba responder en el marco de la garantía legal (de modo subsidiario al vendedor en virtud del anterior artículo 124, hoy 125 TRLGDCU) o que lo haga en cumplimiento de la garantía comercial que haya ofrecido.

lenta (reparación gratuita en media hora), como la aclaración desechando las posibles consecuencias negativas de la instalación del software en las prestaciones y funcionamiento del vehículo. Prácticamente todos los pronunciamientos civiles han cifrado la indemnización en la misma cantidad, 500 euros, lo que induce a sospechar que detrás de la reparación del daño moral puede existir, no tanto una finalidad reparadora, sino sancionadora que, desde luego, no debería jugar en el ámbito del Derecho Civil¹⁸².

5.3 Criterios para la fijación de la cuantía del daño moral contractual

Como siempre que se está ante la reparación de un daño moral, resulta complicada la determinación de la cuantía de la indemnización y la individualización de los criterios para llegar a fijar tal cuantía. Pero el Tribunal Supremo en esta decisión de 23 de julio de 2021, frente a lo que no suele ser una práctica habitual en los pronunciamientos judiciales españoles, realiza el esfuerzo de apuntar los criterios empleados para cuantificar la indemnización por el daño moral a pagar por la distribuidora Vaesa en 500 euros, sobre todo en relación con la cantidad, mucho más elevada, solicitada en la demanda por el actor (11.376 euros). Así, en el número 8 del Fundamento 7.º explica que la cantidad reclamada por el demandante es desproporcionada, teniendo en cuenta la relevancia de las implicaciones ligadas al descubrimiento del dispositivo ilegal (es decir, son de poca entidad) y la antigüedad del vehículo (9 años), que suponía que una parte de la vida útil del vehículo había ya pasado y que en absoluto, las expectativas del comprador podían equipararse a las de aquellos que hubieran adquirido el vehículo en un momento más cercano en el tiempo al descubrimiento del fraude¹⁸³.

En alguna ocasión pronunciamientos de instancia han cuantificado la indemnización por el daño moral tomando como criterio de determinación el 10% del valor del vehículo. Así, la sentencia del

¹⁸² Señalan MARÍN GARCÍA/MILÁ RAFEL, 2017, p. 206 nota 22, a propósito de la SJPI de Palma de Mallorca, número 22, 9.12.2016, otra de las decisiones judiciales que resuelven un caso de Dieselgate, en la que se condena al concesionario y a SEAT, SA al pago de una cantidad de 500 euros en concepto de daño moral a la compradora del automóvil, que en realidad la función que aquí desempeña la reparación del daño moral es simbólica, en cuanto se concede cuando no ha sido acreditado daño alguno a consecuencia del incumplimiento.

¹⁸³ CARRASCO PERERA, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2021, p. 4, critica que la cifra del daño moral se reduzca tanto en función de la antigüedad del vehículo, pues ninguna de las razones justificativas de la indemnización dadas por la Sala tiene ninguna conexión con la antigüedad del vehículo. A su juicio, debería ser al contrario, es decir, cuanto más viejo «más tiempo para la zozobra».

Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valladolid 291/2016 de 25 de octubre condena, al concesionario que vende el vehículo afectado por el software y a la empresa que importaba los coches desde Alemania, a indemnizar al propietario del vehículo afectado en la cuantía correspondiente al 10% del valor del vehículo en el momento de su compra hacía 3 años, con un total de 5.006 euros¹⁸⁴. Por el contrario, y frente a la sentencia de primera instancia que había establecido también la indemnización en un porcentaje del 10% del valor del automóvil, la sección 1.ª de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, 38/2018 de 9 de febrero de 2018, que cuantifica la reparación por los daños morales finalmente en 500 euros a pagar solidariamente por la importadora y la concesionaria, por la ansiedad, angustia, zozobra e inseguridad al comprador, señala, con buena lógica, que *«La fijación de la indemnización por daños morales en un porcentaje del valor del vehículo afectado por la alteración tampoco responde a criterios de justicia puesto que, si bien es verdad que, en principio, a mayor valor del bien, mayor puede ser la angustia y la preocupación generada por la alteración, se podría llegar a situaciones absurdas ya que esa zozobra, ansiedad, preocupación, puede ser significativamente mayor en el comprador de un vehículo de baja gama o de gama media, que ha invertido una parte importante de sus ahorros, o se ha visto obligado a obtener una financiación, que en el comprador de un vehículo de alta gama, y por lo tanto mucho más caro que hizo frente con facilidad al pago del mismo, y que se puede encontrar en condiciones de adquirir un nuevo vehículo que sustituya al alterado»*.

5.4 Posible indemnización de los daños materiales sufridos por el consumidor en los casos del Dieselgate

El Tribunal Supremo no entra a dirimir la cuestión de la posible reparación de los daños patrimoniales sufridos por el consumidor pues, aunque sí los solicita el comprador en su demanda inicial, en casación este solo ha mantenido la pretensión de la indemnización

¹⁸⁴ A propósito de este pronunciamiento señala GARCÍA MONTORO, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 2017, p. 158, que se adopta como punto de partida el valor del vehículo en el momento de la compraventa, hacía 3 años, ignorando la depreciación del mismo por el uso, su kilometraje o la existencia o no de modelos posteriores más modernos que pudieran haber incidido en una posible depreciación del valor del vehículo. El hecho de fijar la cifra del 10% sobre el precio pagado por el vehículo es decisión unilateral del juzgador, sin que pueda estimarse dicho importe como proporcionado a las circunstancias, sobre todo cuando no ha quedado acreditada la existencia de disminución en las prestaciones tras la reparación del vehículo, con lo que el daño resarcible, de existir, es muy difícil de individualizar.

del daño moral. Pero es interesante profundizar en qué tipos de daños materiales se pueden plantear en este tipo de litigios sobre el Dieseltgate y qué porcentaje de éxito tendrían. La conclusión final que cabe extraer de los diversos pronunciamientos judiciales es que las reclamaciones por los distintos daños patrimoniales alegados no han prosperado.

Se ha solicitado, en primer lugar, a raíz del engaño, una indemnización por los daños materiales debidos a un posible aumento del consumo de combustible y a una pérdida de potencia del motor del vehículo. Pero parece indudable que, si tras la operación de reparación del vehículo por el fabricante, no se producen efectos de ninguna clase en el consumo de diésel o en las distintas prestaciones del vehículo (como, además, parece que así sucede) no hay tal daño resarcible¹⁸⁵. En alguna ocasión se ha reclamado también el gasto por la reparación de las diversas averías futuras que puedan producirse, en su caso, tras la instalación del software ilegal, pero se ha mantenido por el tribunal que se trata de un daño futuro, hipotético e incierto, de modo que solo puede concederse una indemnización por daños ciertos que han sucedido o, en su caso, por daños futuros que se conoce con certeza que van a suceder, y en el supuesto concreto no concurre ninguna de las dos situaciones¹⁸⁶.

Teóricamente los automóviles equipados con la instalación del software ilícito podrían experimentar, tras el descubrimiento del fraude, un exceso de depreciación adicional respecto a la que sufre cualquier otro vehículo por el uso y transcurso del tiempo, de modo que haya una pérdida económica real del valor del coche en el mercado de segunda mano¹⁸⁷. Sin embargo, los tribunales no lo han entendido así. A título ejemplificativo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (sección 3.ª) núm. 365/2017 de 17 de noviembre¹⁸⁸ considera que el tribunal de primera instancia ha fijado la indemnización contra Vaesa de forma arbitraria por un daño que no ha quedado acreditado: la depreciación del vehículo afectado en el mercado. El Juzgado de primera instancia evalúa la indem-

¹⁸⁵ Así CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2015, pp. 8 y 11. En este mismo sentido se pronuncia la AP Burgos (Sección 3.ª) en su sentencia núm. 168/2019 de 29 de marzo, ante la reclamación por el demandante de 60 euros en concepto de indemnización por el mayor consumo de combustible. Sostiene el tribunal que no existe prueba que acredite tal extremo.

¹⁸⁶ En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP citada en la nota de pie de página anterior.

¹⁸⁷ Alude a este tipo de daño material LLAMAS POMBO, *Práctica Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2021, p. 1. No obstante, SUÑOL/MARCOS, *Almacén de Derecho*, 2021, apuntan que hay, sin embargo, estudios, en particular referidos al mercado israelí, que acreditan el efecto contrario, es decir, una caída en las ventas en el mercado secundario de los vehículos afectados, con un leve descenso en el precio de los vendidos.

¹⁸⁸ AC 2017/1812. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

nización en un 10% del precio de compra, tomando en consideración el hecho de que el vehículo se ha depreciado por el uso y por la propuesta de reparación y subsanación hecha por la empresa demandada. La Audiencia Provincial, por su parte, estima que no se ha practicado ninguna prueba de la que se derive que el vehículo adquirido por el demandante ha sufrido alguna pérdida de valor como consecuencia del descubrimiento de la manipulación realizada por el fabricante. Señala que todo vehículo sufre una depreciación respecto a su valor inmediatamente después de haberse producido su compraventa, y que no ha quedado demostrado en el caso concreto en qué medida o porcentaje la instalación del software para manipular los controles de emisión de gases ha incrementado la depreciación en el mercado de ocasión, ni de los vehículos de la marca ni del coche en concreto, máxime si se lleva a cabo la corrección técnica ofrecida por el fabricante.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 2.^a) núm. 31/2018 de 22 de enero, en la que el comprador demandante aporta como prueba un informe pericial que sostiene que, a raíz de la instalación del software, el vehículo se ha depreciado en un 30%, el tribunal desestima la pretensión por falta de prueba de la devaluación pretendida, pues el informe pericial no pasa de ser una estimación subjetiva de los peritos basada en que, según diversos talleres que el comprador demandante entrevistó de modo aleatorio, los vehículos como el afectado no se vendían, pero sin datos reales o estadísticos que sean reflejo de esta depreciación. Parecida argumentación se encuentra en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a) núm. 391/2017 de 21 de noviembre, en la que el actor, en cuanto a la depreciación del valor de su coche, aporta un informe pericial en el que se calcula la misma en un 20%. Según el tribunal se trata de una mera hipótesis y elucubración que no se sustenta en ninguna comparativa de precios realizada en transacciones reales de vehículos afectados, ni tampoco en datos estadísticos serios y contrastados. Sostiene que precisamente, lo que se desprende de las publicaciones especializadas e informes y notas de prensa aportados y emitidos por dos sociedades ajenas al grupo Volkswagen es la conclusión contraria, esto es, que los vehículos afectados por el software fraudulento no han sufrido una depreciación en el valor del mercado. Así, constatan tales informes que, pasados los primeros meses del fraude, tras la aparición de la noticia en los medios de comunicación, los precios de venta de los vehículos equipados con el software ilegal recuperaron sus niveles anteriores, sin que se hayan registrado más variaciones posteriores.

En todo caso parece que la indemnización por el daño material consistente en la depreciación del valor en el mercado del automóvil es complicada porque presupone implícitamente, que todo adquirente procederá a la reventa de su coche y tendría que ser liquidado como un daño futuro. En este sentido, con gran claridad, se pronuncia la sentencia de la AP de Burgos (Sección 3.^a) núm. 168/2019 de 29 de marzo. Ante la reclamación de 2.040 euros del demandante por pérdida del valor de venta del vehículo en el mercado, señala que se está ante un daño incierto e hipotético, pues el vehículo comprado por la parte actora no ha sido revendido ni consta que se haya intentado su reventa o que tenga intención de venderlo en un futuro y, solo en el caso de reventa efectivamente llevada a cabo por un precio menor, puede reclamarse una indemnización por este concepto. Añade que tampoco se ha probado que los vehículos de motor diésel que cuentan con un software ilegal hayan sufrido una pérdida del valor de venta en el mercado de vehículos usados respecto a otros vehículos de similares características que no cuentan con tal software.

Podrían, teóricamente, considerarse daños patrimoniales el incremento, respectivamente, del impuesto de circulación y del impuesto de matriculación del vehículo, aunque no parece que tampoco en este caso sea viable la indemnización. Por una parte, el abono anual del impuesto de circulación no va a experimentar aumento alguno como efecto del fraude en la medida en que su cuantía varía según la potencia fiscal, que se refleja en caballos fiscales. Esta medida es una cantidad nominal que no está necesariamente relacionada con la potencia en caballos de vapor del motor del coche, pero le es de utilidad al Estado para el cálculo de qué cantidad ha de cobrar en base al tamaño del motor. Nada tiene que ver, por tanto, este primer impuesto con la medida de las emisiones. Por el contrario, la circunstancia del fraude sí tendría en principio influencia directa sobre la cuantía a abonar por el vehículo en concepto de impuesto de matriculación, pero al hallarse matriculados ya los vehículos afectados no podrá exigirse cantidad alguna por este concepto¹⁸⁹.

Se ha alegado también en algún caso por el adquirente del vehículo afectado los posibles daños materiales sufridos consistentes en los gastos de transporte hasta y desde el taller de los servicios oficiales para proceder a la reparación del coche, e igualmente los consistentes en el alquiler de un vehículo durante el tiempo de duración de la reparación. En todo caso la prueba de estos daños

¹⁸⁹ En este sentido CARRASCO PERERA/GARCÍA MONTORO, *Centro de Estudios de Consumo*, 2015, pp. 8 y 11.

debería ser acreditada y no estar basada en meras hipótesis o en ambiciones de ganancia. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 2.^a) núm. 304/2018 de 18 de septiembre, en relación con una reclamación por esta clase de daños, no los indemnizó porque la actora finalmente no había llevado el coche a arreglar al ser la reparación de carácter voluntario y se desconocían, por tanto, los desembolsos que hubiera tenido que llevar a cabo en caso de procederse al arreglo.

En idéntico sentido denegatorio se pronuncia la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3.^a) núm. 168/2019 de 29 de marzo. En particular, la demandante solicita 324,17 euros por los gastos de traslado del vehículo a un taller de Madrid para la sustitución del software ilegal, pese a residir la adquirente en Burgos. La parte actora no acredita en ningún momento perjuicio alguno por tal concepto, pues no aporta facturas de gastos por el cambio del software: ni facturas por el alquiler de un vehículo de sustitución ni facturas de taxis para desplazarse al taller. Llama la atención al tribunal la solicitud de reparación por tal concepto, cuando el arreglo podía hacerse en el taller de la concesionaria de la marca Volkswagen en Burgos, siendo de un periodo temporal de estimación de 30 minutos, habiendo la concesionaria, además, ofrecido día y hora para llevar a cabo la operación, e incluso un vehículo de sustitución gratis en caso de ser necesario.

Al igual que ocurre en el supuesto de la presente sentencia objeto de comentario, en ocasiones el adquirente demandante ha solicitado la reparación por el daño patrimonial consistente en los gastos de financiación del vehículo. Sin embargo, al respecto se ha sostenido que, habiéndose mantenido la validez y eficacia del contrato de compraventa financiado, cuya nulidad y resolución se rechaza, los gastos de financiación han resultado útiles y han cumplido la finalidad que les es propia de facilitar el acceso a la propiedad del vehículo, por lo que no constituyen daños indemnizables¹⁹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, pp. 81-116.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

¹⁹⁰ En este sentido la SAP (sección 3.^a) de Islas Baleares núm. 107/2017 de 11 de abril.

- AZPARREN LUCAS, Agustín: «Comentario al art. 128 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir), Colex, Madrid, 2011, pp. 1158-1169.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El dolo y el daño moral contractual», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 9/2011 (BIB\2010\2877).
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021 de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Diario La Ley*, n.º 9881, 29 de junio de 2021 (laleydigital.es).
- «Comentario al art. 61 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Cámara, S. (dir), Colex, Madrid, 2011, pp. 510-537.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, 3.ª edición, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2021.
- «Los compradores del "Dieselgate" por segunda vez ante el Tribunal Supremo», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 10/09/2021 pp. 1-4 (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com>)
- «Comentario al artículo 1106 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, Vol. 1.º, Albaladejo, M. (dir), Edersa, 1989, pp. 666-709.
- CARRASCO PERERA, Ángel/GARCÍA MONTORO, Lourdes: «Batalla legal contra Volkswagen: El desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 18, 2016, pp. 1-16 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1100>).
- «Volkswagen: «El coche del pueblo» engañado y confundido», *Centro de Estudios de Consumo*, 8 de noviembre de 2015, pp. 1-12 (www.uclm.es/centro/cesco).
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil*, T. III-1, Reus, Madrid, 1954.
- CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores. Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, enero 2009, pp. 1-136 (<http://www.mjusticia.gov.es/cs/Satellite>) (fecha de consulta: 5/01/2022).
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «El dieselgate: dos modos distintos de enfocar y resolver en España», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 149, octubre-diciembre 2021, pp. 1-11.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual», *RJUAM*, n.º 32, 2015-II, pp. 15-48.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, reimpresión de la edición de 1985, Civitas, Madrid, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil extracontractual*, T. V, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción. Teoría del Contrato*, Vol. I, Thomson Civitas, 6.ª edición, Cizur Menor, 2007.
- *Derecho de Daños*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1999.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Vol. II, 4.ª edición, Civitas, 1993.

- EWING, Jack: *El escándalo de Volkswagen: Cómo, cuándo y por qué Volkswagen manipuló las emisiones de sus vehículos*, Deusto Ediciones, S.A., 2017, traducción por González P. de la obra *Faster, Higher, Farther. The Volkswagen Scandal*, W. W. Norton & Company Inc., New York, 2017.
- FAUVARQUE-COSSON, Benedicte/MAZEAUD, Denis (ed): *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, prepared by Racine, J. B./Sautonnie, L./ Tenenbaum, A./ Wicker, G., Sellier, Múnich, 2008.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, Tomo LXX, fascículo II, 2017, pp. 473-785.
- «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *ADC*, Tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685.
- *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, 2006.
- FERRER GUARDIOLA, Joan Andreu: «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, octubre-diciembre 2021, pp. 161-226.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, T. III, Madrid, 1852.
- GARCÍA MONTORO, Lourdes: «La justicia española reitera su posición en el caso Dieselgate: no existe error invalidante del consentimiento en la compra de vehículos Volkswagen», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º 22/2017, pp. 151-159 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- «Si adquirió un Volkswagen "contaminante" no puede devolverlo y pretender el reembolso de su dinero. Sentencia del *Landgericht Bochum*, I-2 O 425/15, de 16 de marzo de 2016», *Centro de Estudios de Consumo*, 6 de abril de 2016, pp. 1-10 (www.uclm.es/centro/cesco).
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo», *Diario La Ley*, n.º 5747, 26 marzo 2003, pp. 1-18 (La Ley 424/2003).
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario a la Sentencia de 15 de junio de 2010. Compraventa de participaciones sociales: dolo in contrahendo, incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil: la «conexión objetiva» entre incumplimiento y daño como criterio de imputación objetiva», *CCJC*, núm. 86, 2011, pp. 767-784.
- GAYOSO ARIAS, Ramón: «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el derecho positivo», *RDP*, 1918, pp. 324-331.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, fasc. I, 2012, pp. 31-102.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Ámbito de protección de la responsabilidad de producto», en *Tratado de Responsabilidad Civil del fabricante*, Salvador Coderch, P./Gómez Pomar, F. (ed), Thomson Civitas, 1.ª edición, 2008, pp. 657-718.
- GOTANDA, John: «Article 74 CISG», en *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Commentary*, Kröll, S./Mistelis, L./Perales Viscasillas, P. (ed), Verlag CH Beck oHG, München-Oxford, 2011, pp. 990-1011.

- GREGORACI, Beatriz: «El daño moral contractual en el derecho español», en *El daño moral en España, Italia y Portugal*, Oliva Blázquez, F./Viglianisi Ferraro, A./Días Pereira, A. (dirs), 1.ª ed, Aracne editrice, 2019, pp. 95-112.
- HEESE, Michael: «Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal. Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne», *Juristen-Zeitung*, 9/2019, pp. 429-440.
- HONNOLD, John: *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, 1987.
- HOWELLS, Geraint: «Product Liability – a history of harmonisation», en *Product Liability in Comparative Perspective*, Fairgrieve, D. (ed), University Press, Cambridge, 2005, pp. 202-218.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando: «Comentario a la STS 9.5.1984», *CCJC*, núm. 5, 1984, pp. 1636-1644.
- INFANTE RUIZ, Francisco: «La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria», en *Acceso a la vivienda y contratación*, Parra Lucán, M. A. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 218-270.
- JUÁREZ TORREJÓN, Angel: «La responsabilidad directa del productor ante el consumidor. Dieselgate (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)», *RCDI*, n.º 781, 2020, pp. 3158-3187.
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert/Ramos González, Sonia: «Entra en vigor la segunda Ley alemana de modificación del Derecho de Daños», *Indret* 3/2002, pp. 1-7 (www.indret.com).
- LANDO, Ole/BEALE, Hüge (ed): *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Dieselgate: un caso de responsabilidad contractual», *Práctica Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 147, 2021, pp. 1.
- LOOSCHELDERS, Dirks: *Derecho de Obligaciones. Parte General*, traducción de Gómez Calle, E., 17.ª edición, Colección de Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Abril, J. M./Amat, M. E. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1715-1738.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828», *Diario La Ley*, n.º 9830, 15 de abril de 2021 (laleydigital.es)
- LÓPEZ MAZA, Sebastián/GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario al art. 61 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 864-878.
- MAGNUS, Ulrich: «Damages for Non-Pecuniary Loss in German Contract and Tort Law», *The Chinese Journal of Comparative Law*, Volume 3, Issue 2, October 2015, pp. 289-307.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio/MILÁ RAFEL, Rosa: «Daño moral contractual», en *El daño moral y su cuantificación*, Gómez Pomar, F./Marín García, I. (dirs), 2.ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 201-254.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley*, n.º 9461, Sección Doctrina, 22 de julio de 2019 (La Ley 8329/2019) (laleydigital.es).

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentario al artículo 114 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1651-1664.
- «Comentario al art. 116 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1683-1714.
 - «Comentario al art. 117 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1715-1724.
 - «Comentario al artículo 118 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1725-1732.
 - «Comentario a los artículos 119 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1733-1744.
 - «Comentario al artículo 121 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1761-1769.
 - «Comentario al artículo 123 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1775-1794.
 - «Comentario al artículo 124 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1795-1808.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes: *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.
- MARKESINIS, Basil/UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2th ed, Hart Publishing, UK, 2006.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «Spanish product liability today –adapting to the “new” rules», en *Product Liability in Comparative Perspective*, Fairgrieve, D. (ed), University Press, Cambridge, 2005, pp. 42-66.
- MAZEAUD, Henri et Leon/TUNC, André: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, T. I, 6 éd., Éd. Montchrestien, Paris, 1965.
- McKENDRICK, Ewan: «Article 7.4.2 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (ed), University Press Oxford, Oxford, 2015, pp. 980-987.

- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos», en *Estudio de Derecho de Obligaciones, homenaje al prof. Mariano Alonso Pérez*, Llamas Pombo, E. (coord.), Vol. 2, 2006, pp. 401-428.
- «Comentario del artículo 7 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Paz-Ares, C./Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Salvador Coderch, P. (dirs.), 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 37-56.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe», *ADC*, Tomo LXXIII, fascículo III, 2020, pp. 983-1065.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010.
- «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, 1.ª edición, Cizur Menor, 2006, pp. 161-188.
- «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, Vol. 56, N.º 4, 2003, pp. 1609-1652.
- «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *ADC*, vol. 52, n.º 1, 1999, pp. 265-288.
- «Comentario al artículo 1266 CC», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Paz-Ares, C./Bercovitz, R./Díez-Picazo, L./Salvador Coderch, P. (dirs.), 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 459-464.
- *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo: «El "dieselgate" ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva», *InDret* 3/2020, pp. 1-34 (www.indret.com).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Comentario al artículo 74», en *La Compraventa internacional de Mercaderías*, Comentario de la Convención de Viena, Díez-Picazo (dir. y coord.), Thomson Civitas, 1998, pp. 579-609.
- «Comentario al artículo 1902 CC», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Paz-Ares, C./Díez-Picazo, L./Bercovitz, R./Salvador, P. (dirs.), 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971-2002.
- «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, 1991, pp. 1019-1092.
- PARRA LUCÁN, María Angeles: «Comentario al art. 128 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1843-1883.
- «Comentario al art 137 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1965-1995.
- «Comentario al art 138 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 2.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1995-2016.
- «Responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Reglero Campos, F./Busto Lago, J. M. (coords.), 5.ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 180-329.
- «Comentario a la STS 15.2.1994», *CCJC*, núm. 35, 1994, pp. 567-590.

- PEDRAZZI, Giorgio: «Civil and Consumer Law», en *The Dieselgate, A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 113-120.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016.
- PLANA ARNALDOS, María Carmen: «Responsabilidad por software fraudulento. Diferentes remedios para un mismo problema», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños* (Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón), Tomo III, Ataz López, J./Cobacho Gómez, J. A. (dirs.), 1.ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1165-1190.
- POSIO, Giovanni: «Italy», *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 47-66.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *BMJ*, año LXV, n.º 2132, 2011, pp. 1-27 (www.mjusticia.es/bmj).
- ROCES, Wenceslao: *Los daños civiles y su reparación*, traducción, con concordancias y un apéndice sobre el derecho español de la obra alemana *Der schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* de Fischer, J. A., Suarez, Madrid, 1928.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «La reparación del daño moral el marco del futuro Derecho Contractual europeo», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Alventosa y Moliner (coords.), Vol. II, Universitat de València, 2008, pp. 939-968.
- ROGERS, Horton (ed.): *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag, Wien-New York, 2001.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *ADC*, Tomo LXIV, fascículo IV, 2011, pp. 1685-1724.
- SCHIEMANN, Gottfried: «Kommentar zum § 253 BGB», en Von Staudinger, J. (Michael Martinek Redaktor), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2005.
- SCHMID, Christoph: «Germany», en *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Frigessi di Rattalma, M. (ed), Springer, Brescia, 2017, pp. 27-46.
- SOLÉ FELIÚ, Josep: «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *InDret* 1/2009, pp. 1-42 (www.indret.com).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume I, edited by Von Bar and Clive, Sellier, Múnich, 2009.
- SUÑOL, Aurea/Marcos, Francisco: «Control de emisiones contaminantes en los motores de automóviles y competencia desleal (y II)», *Almacén de Derecho*, 17/02/2021 (<https://almacenederecho.org>).
- ZIMMERMANN, Reinhard: *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción por Vaquer Aloy, 1.ª edición, Civitas, 2000.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS JUDICIALES

Tribunal Supremo

STS de 8 de febrero de 2022 (RJ 2022/634). Pte.: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.

STS de 7 de abril de 2022 (JUR 2022/129041). Pte.: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.

STS de 23 de julio de 2021 (RJ 2021/3583). Pte.: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.

STS de 21 de enero de 2020 (RJ 2020/646). Pte.: Excma. Sra. M.^a Angeles Parra Lucán.

STS de 20 de marzo de 2020 (RJ 2020/752). Pte.: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.

STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/5151). Pte.: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006/6548). Pte.: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736). Pte.: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS de 30 de julio de 2001 (RJ 2001/5183). Pte.: Excmo. Sr. Román García Varela.

STS de 31 mayo de 2000 (RJ 2000/5089). Pte.: Excmo. Sr. Jesús Eugenio Corbal Fernández.

STS de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097). Pte.: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403). Pte.: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas.

STS de 31 de mayo de 1983 (RJ 1983/2956) Pte.: Excmo. Sr. Cecilio Serena Velloso.

STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1534). Pte.: Excmo. Sr. Tomás Ogayar y Ayllón.

STS de 24 de mayo de 1947 (RJ 1947/631).

STS de 6 de diciembre de 1912 (CL 1912, núm. 95). Pte.: Excmo. Sr. Manuel del Valle.

Audiencias Provinciales

SAP de Islas Baleares (sección 4.^a) núm. 77/2020 de 2 de marzo de 2020 (JUR 2020/151670). Pte: Ilmo. Sr. D. Alvaro Latorre López.

SAP de Barcelona (sección 1.^a) núm. 11/2019 de 21 de enero de 2019 (AC 2019/51). Pte: Ilma. Sra. D.^a Isabel Adela García de la Torre Fernández.

SAP Burgos (sección 3.^a) núm. 168/2019 de 29 de marzo de 2019 (AC 2019/602). Pte: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Melgosa Camarero.

SAP de Madrid (sección 2.^a) núm. 301/2019 de 1 de julio de 2019 (JUR 2019\249875). Pte: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson.

SAP de Lleida (sección 2.^a) núm. 354/2019 de 2 de julio de 2019 (AC 2019/111). Pte: Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda.

SAP de Islas Baleares (sección 3.^a) núm. 434/2019 de 5 de noviembre de 2019 (AC 2019/1726). Pte: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández.

SAP de Cantabria (sección 2.^a) núm. 31/2018 de 22 de enero de 2018 (AC 2018/195). Pte: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera.

SAP de las Islas Baleares (sección 3.^a) núm. 29/2018 de 25 de enero de 2018 (JUR 2018\69329). Pte: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

SAP de Salamanca (sección 1.^a) núm. 38/2018 de 9 de febrero de 2018 (AC 2018/427). Pte: Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo.

SAP de Cantabria (sección 2.^a) núm. 158/2018 de 13 de marzo de 2018 (AC 2018/443). Pte: Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

SAP de Madrid (sección 14.^a) núm. 663/2017 14 de marzo de 2018 (JUR 2018/165280). Pte.: Ilma. Sra. D.^a Paloma García de Ceca.

SAP de Segovia (sección 1.^a) núm. 210/2018 de 12 de septiembre de 2018 (AC 2018/1653). Pte: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.

SAP de Burgos (sección 2.^a) núm. 304/2018 de 18 de septiembre de 2018 (AC 2018/1571). Pte.: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Carranza Cantera.

SAP de Islas Baleares (sección 3.^a) núm. 107/2017 de 11 de abril de 2017 (AC 2017/794). Pte.: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

SAP de Valencia (sección 11.^a) núm. 289/2017 de 31 de julio de 2017 (AC 2017/1414). Pte.: Ilma. Sra. D.^a Susana Catalán Muedra.

SAP de Islas Baleares (sección 5.^a) núm. 288/2017 de 17 de octubre de 2017 (JUR 2017/290025). Pte.: Ilma. Sra. D.^a Covadonga Sola Ruiz.

SAP de Islas Baleares (sección 3.^a) núm. 334/2017 de 20 de octubre de 2017 (AC 2017/1677). Pte: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

SAP de Islas Baleares (sección 3.^a) núm. 365/2017 de 17 de noviembre de 2017 (AC 2017/1812). Pte: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

SAP de Valladolid (sección 3.^a) núm. 391/2017 de 21 de noviembre de 2017 (JUR 2018/30442). Pte: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas.

SAP de Islas Baleares (sección 3.^a) núm. 424/2017 de 29 de diciembre de 2017 (AC 2017/1936). Pte: Ilmo. Sr. D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

Renuncia al ejercicio de acciones de reclamación de responsabilidad contra un abogado

M.^a CARMEN CRESPO MORA
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En la resolución objeto del presente comentario, la STS 6 abril 2021 (RJ 2021,1483), el Alto Tribunal aborda un tema absolutamente novedoso: la posible validez de una cláusula de renuncia a la exigencia de la responsabilidad civil de un profesional de la abogacía. Para ello, el tribunal primero tenía que decidir si se trataba de una estipulación negociada (alternativa por la que se decantaron los tribunales de instancia) o, por el contrario, había de considerarse una cláusula no negociada individualmente, lo que abría la puerta al control de contenido o abusividad, siempre que se verificara en este caso la existencia de una relación de consumo. Así lo hizo la STS 6 abril 2021 (RJ 2021,1483), que optó por declarar el carácter no negociado de la estipulación, pues el letrado no logró acreditar la existencia de negociación.

Partiendo de los escasos datos que proporciona la sentencia, en el presente estudio se trata de averiguar si, con independencia de que el letrado no hubiera podido demostrar la existencia de negociación, la consumidora pudo o no influir en el contenido de la cláusula, de acuerdo con las circunstancias concurrentes.

Al hilo de la sentencia, se analizan ciertas cuestiones que suscita la contemplación de la prestación de servicios jurídicos como una relación de consumo: en concreto, se exponen los requisitos que han de concurrir para poder aplicar la normativa de consumo en este ámbito y se seleccionan y analizan los específicos mecanismos tuitivos del consumidor que resultan aplicables en el sector de la prestación de servicios jurídicos.

PALABRAS CLAVE

Contrato de prestación de servicios. Relación de consumo. Cláusula no negociada individualmente. Cláusula de exención o limitación de la responsabilidad profesional. Cláusulas abusivas.

Renounce to the exercise of liability claims against a lawyer

ABSTRACT

In this decision, the Supreme Court addresses a novelty issue: the possible validity of a clause renouncing to the civil liability of a legal professional. To do so, the court first had to decide whether it was a negotiated stipulation (alternative that the lower courts opted for) or, on the contrary, whether it was to be considered a contractual term which was not individually negotiated, which opened the door to the control of content or abusiveness, provided the existence of a consumer relationship was verified in this case. This was what the STS 6 April 2021 (RJ 2021,1483) states, which opted to declare the non-negotiated nature of the stipulation, as the professional failed to prove the existence of negotiation.

Provided the limited information in the judgment, this study seeks to determine whether or not, regardless of the fact that the lawyer was unable to prove the existence of negotiation, the consumer was able to influence the content of the clause, in accordance with the circumstances of the case.

Following the judgment, certain questions that arise when considering the provision of legal services as a consumer relationship, are analyzed: in particular, the requirements that must be met for consumer protection legislation to be applicable in this area are stated and the specific consumer protection mechanisms that are applicable in the sector of the provision of legal services are identified and analyzed.

KEYWORDS

Services' contract. Consumer relationship. A contractual term which has not been individually negotiated. A contractual term excluding or limiting the professional liability. Unfair contract terms.

SUMARIO: I. Antecedentes fácticos e iter procesal.–II. El pronunciamiento del Tribunal Supremo.–III. Lo que la sentencia no aclara. 1. ¿Por qué el abogado no interpuso en plazo la reclamación en la vía administrativa? 2. ¿Cuáles son los criterios que aplican nuestros tribunales para concluir que una cláusula no ha sido negociada individualmente?.–IV. El contrato de prestación de servicios jurídicos como relación de consumo.–V. Síntesis conclusiva.–Bibliografía.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS E ITER PROCESAL

Para una adecuada comprensión de las cuestiones jurídicas que presenta la STS 6 abril 2021 (RJ 2021,1483) objeto del presente comentario, resulta conveniente partir de la relación de los hechos relevantes que se acreditaron en la instancia.

Una señora, que sufrió lesiones en su ojo izquierdo derivadas de una intervención médica, encomendó al letrado demandado las reclamaciones pertinentes.

En virtud del encargo encomendado, el abogado presentó una denuncia penal contra una doctora del Servicio de Oftalmología del Hospital Comarcal de Caravaca de la Cruz en diciembre de 2004, lo que dio lugar a la incoación de las diligencias previas por parte del juzgado de instrucción competente. Posteriormente, el 25 de agosto de 2005, este juzgado dictó auto de sobreseimiento libre y archivo de las diligencias penales, que fue notificado el 5 de septiembre de 2005.

Más de dos años después, el 19 de noviembre de 2007, bajo la dirección letrada del mismo abogado, se presentó una reclamación patrimonial por vía administrativa solicitando una indemnización de 142.058,03 euros; sin embargo, el Servicio Murciano de Salud la inadmitió por prescripción de la acción. Idéntica suerte corrió el recurso contencioso administrativo que interpuso este mismo abogado el 12 de junio de 2008, que fue desestimado por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, tras ratificar que la acción ya estaba prescrita por haber transcurrido el plazo de un año desde el archivo de la causa penal.

Curiosamente, tres días antes de la presentación de la mencionada reclamación patrimonial en la vía administrativa, la clienta firmó un documento prerredactado por el letrado, con el siguiente tenor literal: «(...), mayor de edad, soltera, pensionista, vecina de Cehegín (...) encargué al letrado (...), su intervención profesional para la redacción de reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Excmo. Ayuntamiento de Cehegín (...); e igualmente reclamación por responsabilidad patrimonial contra el Servicio Murciano de Salud. Eximiendo (sic) a dicho letrado del resultado que pudiera producirse en ambos, tanto si se hubieran presentado fuera de plazo como si fueran desestimados ambos por cualquier causa, ya que conozco la enfermedad por la que está pasando, con lo cual renuncio a cualquier reclamación contra el mismo, ante cualquier órgano colegiado, judicial o de cualquier clase».

Pese a la firma del documento mencionado, tras el resultado infructuoso del proceso contencioso-administrativo, la clienta interpuso una demanda de responsabilidad civil profesional contra

el letrado y su aseguradora, solicitando el pago de una indemnización de 113.646 euros por pérdida de oportunidad (esto es, el 80% de la suma reclamada al Servicio Murciano de Salud), debido a la frustración de su pretensión por haberse presentado fuera de plazo.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial otorgaron validez al documento por el que la clienta renunciaba a exigir responsabilidad profesional y desestimaron su demanda. En concreto, la Audiencia Provincial, pese a admitir la aplicabilidad de la normativa protectora de los consumidores y usuarios en el ámbito de las relaciones entre abogados y clientes, rechazó que el documento contuviera una renuncia abusiva, como opuso la demandante, pues *«tuvo lugar después de haber intervenido el propio letrado con anterioridad en los hechos en que se basaba la responsabilidad patrimonial formulada contra el Servicio Murciano de Salud»* y porque *«no constituye una renuncia previa y general a formular cualquier tipo de reclamación derivada del contrato de arrendamiento de servicios concertado entre las partes»*.

De acuerdo con la actividad probatoria e indicios presentados por las partes, los tribunales de instancia estimaron –aunque no lo indicaron expresamente– que el documento debía encajarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 1255 CC, esto es, que se trataba de una cláusula negociada y adoptada libremente por ambas partes. Así las cosas, las consecuencias desde un punto de vista civil resultaban evidentes: quedó excluida la aplicación de la normativa tuitiva sobre cláusulas predispuestas recogida en la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los consumidores y usuarios –LGDCU de 1984, en adelante– (debido al momento en que se produjeron los hechos, no resultaba aplicable el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 –TRLGDCU, en adelante–, aunque la solución del caso es similar conforme al vigente texto legal).

Además, para los tribunales de instancia, el documento respetaba los límites del artículo 1255 CC, por no tratarse de un pacto de renuncia a exigir la responsabilidad procedente del dolo, que sí que resultaría contrario a la ley, por contravenir la norma imperativa prevista en el artículo 1102 CC. De acuerdo con la interpretación sostenida por los tribunales de instancia, la renuncia formalizada en el documento privado de 16 de noviembre de 2007 solo podía haber carecido de efectos en el caso de que se hubiera declarado que la clienta había sufrido error en el consentimiento, vicio que, como admitió la sentencia de la Audiencia Provincial, *«no fue alegado expresamente en la demanda ni tampoco resulta acreditado con las pruebas practicadas en los autos»*.

II. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Siguiendo la estela de otras resoluciones recientes, que, curiosamente, el Alto Tribunal no cita¹, la sentencia reconoce que la prestación de servicios que une al letrado con la clienta ha de considerarse una relación de consumo, pues esta reúne la condición de consumidora.

Alejándose del criterio seguido por los tribunales de instancia, el Alto Tribunal considera que la declaración unilateral de renuncia de la clienta fue redactada previamente por el profesional y que aquella se limitó a firmarla, esto es, que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores –Directiva 93/13/CEE, en adelante–, la clienta no pudo influir sobre su contenido.

El Tribunal Supremo llega a tal conclusión tras revisar la valoración jurídica extraída de los hechos probados realizada en la instancia por considerar que infringe la normativa legal reguladora de la materia, que atribuye al profesional la carga de la prueba sobre la existencia de tal negociación. Esto es, la razón por la que el Tribunal Supremo cambia su valoración –sin apenas motivar este cambio de criterio–, es que, conforme al artículo 10.bis 1 LGDCU de 1984 (normativa vigente en el momento en que se produjeron los hechos; en la actualidad, el artículo 82.2, par. 2.º TRLGDCU atribuye igualmente al empresario la carga de la prueba de que la cláusula en cuestión fue negociada), el profesional, sobre el que recaía la carga de la prueba, no logró acreditar que se tratara de una cláusula negociada individualmente. Es más, para el tribunal, esa estipulación unilateral posterior al contrato originario, redactada por el abogado y firmada por el cliente, «tiene una consideración equivalente a si esa declaración apareciera contenida en un contrato escrito junto a otras cláusulas contractuales» (Fundamento de Derecho Segundo 2).

Llegados a este punto, para determinar el concreto régimen de control aplicable a la cláusula de renuncia sobre la que gira el proceso, el Alto Tribunal diferencia dos situaciones distintas: que la cláusula de renuncia haya sido añadida, como una cláusula adicional, al contrato de prestación de servicios profesionales, o que, por el contrario, la renuncia constituya una contraprestación de un acuerdo transaccional. «En el primer caso, la cláusula o declara-

¹ En concreto, me refiero a la STS 8 abril 2011 (RJ 2011, 3153) y, sobre todo, a la STS 24 febrero 2020 (RJ 2020, 486) y, con anterioridad, a la trascendental STJUE 15 enero 2015 –asunto C-537/13– (TJCE 2015,5).

ción unilateral no constituye un elemento esencial de un acuerdo o contrato, razón por la cual no le afecta la previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y puede ser objeto de un control de contenido de abusividad directo»; «mientras que, cuando la renuncia sea la contraprestación de un acuerdo transaccional, en ese caso, se ve afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y solo puede ser objeto de un control de abusividad, si no cumple las exigencias de transparencia material» (Fundamento de Derecho Segundo 4).

Tras decantarse por la primera de las opciones (es decir, que la renuncia es una cláusula adicional y no la contraprestación de un acuerdo transaccional), el Tribunal Supremo concluye que la declaración unilateral contenida en el documento de 16 de noviembre de 2007 es abusiva, pues supone una limitación de los derechos del consumidor para el caso de cumplimiento defectuoso por parte del profesional de los servicios contratados (cláusula núm. 9 de la disposición adicional primera del artículo 10 bis de la derogada LGDCU de 1984 aplicable al caso, actualmente prevista por el artículo 86.1 del TRLGDCU de 2007), así como por implicar la imposición de una renuncia de una consumidora a reclamar en caso de que el profesional preste sus servicios de forma negligente (cláusula núm. 14 de la disposición adicional primera del art 10 bis de la LGDCU de 1984, actualmente prevista por el artículo 86.7 del TRLGDCU de 2007).

En definitiva, pues, pese a reconocer que no se trata de una renuncia genérica al ejercicio de acciones –pues el documento litigioso especifica tanto la clase de acciones a las que se renuncia (las de responsabilidad civil profesional), como, sobre todo, el motivo de su interposición (los encargos relativos a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración)–, el Tribunal Supremo aplicó la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores y declaró abusiva la cláusula.

En consecuencia, el Tribunal Supremo termina estimando el único motivo en el que se fundamenta el recurso y casa la sentencia de apelación. Sin embargo, como la cuestión relativa a la responsabilidad civil del abogado no fue juzgada ni en primera ni en segunda instancia, devuelve los autos a la Audiencia para que, al hilo de la resolución del recurso de apelación, entre a resolver sobre la viabilidad de la acción de responsabilidad profesional ejercitada en la demanda. Como las sentencias de instancia habían admitido la validez de la declaración unilateral de renuncia a las acciones de responsabilidad profesional, no fue necesario que entraran a valorar la cuestión relativa a la responsabilidad civil del letrado, que

quedó sin juzgar, razón por la que el Alto Tribunal solicita que esta cuestión sea examinada y resuelta por el tribunal de instancia (tras revisar la valoración jurídica realizada en la instancia y rechazar la validez de la estipulación sobre la renuncia de acciones).

III. LO QUE LA SENTENCIA NO ACLARA

1. ¿POR QUÉ EL ABOGADO NO INTERPUSO EN PLAZO LA RECLAMACIÓN EN LA VÍA ADMINISTRATIVA?

Ni la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario ni la precedente de la Audiencia Provincial (SAP Murcia, sección 4.ª, 30 noviembre 2017 [JUR 2018, 28134]) aclaran los motivos por los que el abogado no interpuso en plazo las reclamaciones en la jurisdicción contencioso-administrativa, dato que, como intentaré demostrar en las próximas páginas, podría ser relevante a la hora de decidir si la cláusula cuya validez se enjuicia había sido impuesta por el profesional a la clienta, o, por el contrario, fue pactada y acordada por ambas partes. En ninguna de las instancias los tribunales entraron a valorar si el incumplimiento resultaba imputable o no al profesional, ni se pronunciaron sobre la más que probable responsabilidad civil del abogado demandado. Los tres tribunales que se pronunciaron sobre el caso se limitaron a analizar la posible validez o nulidad de la cláusula sobre renuncia al ejercicio de acciones de responsabilidad civil profesional.

Aunque se trate de una cuestión que todavía no ha sido juzgada (como ya se ha indicado, tras declarar la falta de validez de la cláusula, el Alto Tribunal devuelve los autos a la Audiencia para que se pronuncie al respecto), en las próximas páginas trataremos de aventurar las causas que pudieron provocar que el abogado interpusiera la demanda cuando ya había expirado el plazo de prescripción al que se encuentran sometidas este tipo de acciones, porque de estas concretas causas concurrentes depende sin duda la imputabilidad del incumplimiento al profesional.

El esclarecimiento de la cuestión anterior podrá ayudarnos a explicar otro dato que la sentencia tampoco aclara: encontrar las razones por las que el profesional logró que la consumidora celebrara un contrato que, en principio, era claramente desfavorable a sus intereses.

¿Pudo ser negociada y aceptada por la clienta una cláusula que le resultaba tan perjudicial? Para tratar de dar respuesta a este difícil interrogante, la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comen-

tario, se limita a aplicar el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE. De acuerdo con la norma precitada, para que se considere que una cláusula no ha sido negociada individualmente han de concurrir dos requisitos: que se trate de un texto prerredactado o preformulado por el empresario y que, como consecuencia de la redacción previa, el consumidor no haya podido influir en su contenido. Solo las cláusulas predisuestas e impuestas unilateralmente por el empresario pueden ser abusivas; si no concurren estos dos requisitos, no podrá aplicarse el control de abusividad, aunque el contenido del acuerdo resulte desequilibrado.

Es decir, muchas de las cláusulas no negociadas que prohíbe la normativa tuitiva de los consumidores no son objetables en el seno de los contratos negociados, ya que se encuentran amparadas por la autonomía privada. En tal caso, solo si el consentimiento no se hubiera formado válidamente –circunstancia que ha de acreditar el consumidor afectado por el vicio– podría ser atacado un acuerdo tan desnivelado o desigual. El hecho de que las cláusulas hayan sido configuradas unilateralmente por el empresario es lo que realmente las hace reprochables; ello explica que las dos sentencias de instancia y la resolución del Tribunal Supremo centraran su atención y enfoque en la averiguación de este trascendente dato.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda de que se trataba de una cláusula redactada previamente por el profesional, circunstancia, por sí sola, de la que no se puede deducir la falta de negociación, pues, dado el reparto de prestaciones derivado del contrato (prestación de servicios jurídicos), el letrado era quien debía encargarse de la redacción de la cláusula. En otras palabras, la redacción de esta o cualquier otra cláusula era parte del compromiso contractual asumido por el abogado, un profesional que se dedica, entre otros muchos y variados cometidos, a redactar documentos jurídicos. De ahí que la conclusión sobre si se trataba o no de una cláusula negociada dependiera en nuestro caso del segundo criterio enumerado por el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, esto es, la averiguación de si la consumidora, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, realmente pudo influir en el contenido de la cláusula o si la única opción con la que contó fue la de aceptarla o rechazarla. En este último caso estaríamos en presencia de predisposición o falta de negociación, por haberse fijado el contenido de la cláusula antes de oír y conocer lo que pensaba la otra parte del contrato².

Pero la sentencia del Tribunal Supremo (tampoco lo hace la de la Audiencia Provincial que la precede) no indica cuál de las partes tomó la iniciativa para la inclusión de la cláusula en el contrato, ni

² ALBIEZ DOHRMANN, 2004, p. 85.

si la consumidora se limitó o no a aceptarla *in totum*; esto es, si realmente se trató de una cláusula predispuesta o no negociada individualmente, por tener la consumidora limitada su capacidad de decisión al exclusivo hecho de contratar o no hacerlo.

Si la sentencia del Tribunal Supremo aplicó la normativa tuitiva de los consumidores sobre cláusulas abusivas fue porque cambió la valoración jurídica sostenida en la instancia y consideró que el profesional, sobre el que recaía la carga de la prueba de que se trataba de una cláusula negociada, no logró demostrar este extremo. Pero que el profesional no pudiera acreditar que se trataba de una cláusula negociada –lo que provocó el cambio en la valoración por parte del Tribunal Supremo respecto a los tribunales de instancia–, no significa que, atendidas las circunstancias particulares que rodearon la celebración del contrato, realmente lo fuera. Es decir, el Tribunal Supremo dedujo el carácter predispuesto de la cláusula de la falta de prueba por parte del profesional «*de los hitos en que el proceso de negociación se plasme*»³ (Fundamento de Derecho Segundo), pero no sabemos lo que realmente sucedió, porque los tribunales de instancia, partiendo del mismo material probatorio, llegaron a la conclusión contraria, lo que permite conjeturar que probablemente la prueba indiciaria no fuera concluyente. Dejo planteada esta cuestión, que desarrollaré con posterioridad.

Comencemos, pues, tratando de enumerar las diversas razones por las que el abogado pudo interponer la demanda extemporáneamente. En primer lugar, es muy probable que se haya producido en este caso lo que en la práctica forense se denominan «culpas de agenda», es decir, aquellas omisiones procesales que implican un incumplimiento contractual flagrante por parte del abogado. Lo que pudo ocurrir es que el letrado dejara transcurrir el plazo de prescripción de la acción por descuido, dejadez o desidia. Esta causa de la interposición extemporánea de la demanda es alegada indirectamente por la clienta durante el procedimiento de instancia, como puede comprobarse con la lectura de la sentencia de la Audiencia Provincial, al argumentar que «*desde la interposición de la denuncia en 2004, la responsabilidad de contar los plazos prescriptivos recaía sobre el abogado*» (Fundamento de Derecho Primero, SAP Murcia 30 noviembre 2017 [JUR 2018, 28134]). Como es sabido, precisamente este tipo de incumplimientos de los profesionales de la abogacía fueron los primeros que llamaron la atención de nuestros tribunales y todavía siguen siendo los más fre-

³ ALONSO PÉREZ/CALDUCH GARGALLO, 2019, p. 141 (según pdf), apuntan que en este caso existe una presunción *iuris tantum* de que las cláusulas no han sido fruto de una negociación individual.

cuentas desde un punto de vista estadístico⁴. En tales circunstancias, la estimación de la responsabilidad civil del profesional entrañará menos dificultades que en otros supuestos de incumplimiento contractual, pues la constatación de la negligencia del profesional es una tarea relativamente sencilla.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, no resulta fácil concretar el *dies a quo* en el que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción⁵, circunstancia que, de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial (en la que la demandante ofrece varios argumentos para demostrar que el letrado realizó un cómputo incorrecto del plazo de prescripción de la acción), pudo concurrir en el presente caso, en el que se reclamaba una indemnización por los daños corporales derivados de una operación ocular. Cuando concurren daños corporales hay que esperar cierto tiempo para conocer el verdadero alcance y extensión de los daños, pues, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el inicio del plazo de prescripción se produce cuando los daños están consolidados.

Así las cosas, lo que realmente resulta difícil concretar es el momento preciso en el que las lesiones se estabilizan y comienza a correr el plazo de prescripción; lo razonable es entender que ese momento se produce con el alta médica definitiva, pero es posible acreditar que la consolidación del daño se produjo en un momento posterior. Por tanto, nos encontramos ante un interrogante jurídico cuya respuesta no siempre es clara o unívoca. En definitiva, lo que pudo ocurrir es que, lejos de olvidársele interponer la acción en plazo,

⁴ Repasando la jurisprudencia, puede comprobarse que los supuestos de presentación extemporánea de demandas y recursos son muy variados, a saber: presentación extemporánea de demanda de responsabilidad extracontractual (SAP Castellón 16 diciembre 2015 [JUR 2016,134503], SAP Barcelona 11 mayo 2016 [AC 2016,1926], SAP León 23 enero 2017 [JUR 2017,65685] y SAP Álava 26 octubre 2017 [JUR 2017,23956]), de demanda de despido dejando agotar el plazo de veinte días señalado por la ley procesal (SAP Madrid 23 febrero 2015 [JUR 2015,100941], SAP Málaga 20 noviembre 2015 [JUR 2016,31862], SAP Barcelona 3 marzo 2017 [AC 2017,692], SAP Zaragoza 7 noviembre 2017 [JUR 2017,310209] y SAP Valencia 28 octubre 2018 [JUR 2018,114718]), de demanda de tutela sumaria de la posesión (SAP Jaén 11 octubre 2018 [JUR 2018,16810]), de recurso de apelación (SAP Pontevedra 22 mayo 2017 [JUR 2017,185820] y SAP Málaga 27 octubre 2017 [JUR 2017,35103]), de recurso de casación (SAP Barcelona 6 febrero 2018 [JUR 2018,81494]), de recurso de alzada (SAP Barcelona 28 junio 2017 [JUR 2017,291424] y SAP Barcelona 28 febrero 2018 [JUR 2018,88580]), de recurso contencioso-administrativo (SAP Valencia 1 junio 2016 [JUR 2017,112766] y SAP Barcelona 19 mayo 2017 [AC 2017,982]), de recurso de suplicación (SAP Pontevedra 7 diciembre 2015 [JUR 2016,18503]), etc.

⁵ Aunque por regla general la decisión judicial desestimatoria de la demanda o recurso por prescripción será «*un refrendo de la falta de diligencia profesional (...) la ecuación prescripción igual a responsabilidad civil del abogado no es tan sencilla*» (en tal sentido, SAP Badajoz 22 febrero 2017 [JUR 2017,107561]). Ello sucederá en aquellos supuestos en los que la decisión judicial de acoger la excepción de prescripción fuera controvertida, por tratarse de una cuestión dudosa desde una perspectiva jurídica.

el letrado no realizara de forma adecuada el cómputo del plazo, por tratarse de una cuestión jurídicamente opinable o compleja.

En tal caso, para saber si este *error scientiae* del letrado es o no excusable (dato del que depende la estimación de la responsabilidad civil del profesional), habrá que atender a dos criterios que han sido destacados por nuestros tribunales: en primer lugar, deberá comprobarse si, en base a la jurisprudencia recaída a tal efecto hasta aquel momento, la interpretación que sostuvo el abogado sobre el *dies a quo* de la acción era razonable o lo contrario, ilógica o temeraria⁶; en segundo término, de concluirse que la interpretación sostenida por el profesional fue razonable, habrá que comprobar si la alternativa jurídica elegida por el letrado era la más ajustada a los intereses del cliente y la que le suponía menos riesgos.

Por tanto, si la opción escogida era jurídicamente razonable (por contar con cierto apoyo legal, jurisprudencial o doctrinal) y, además, era la más conveniente o menos perjudicial a los intereses del cliente, su desestimación no desencadenará la responsabilidad civil del abogado. Si así fuera, no se habría producido incumplimiento por parte del profesional, pues su actuación habría cumplido los parámetros exigidos por la *lex artis*. Sin embargo, en casos en los que se duda sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción como el que nos ocupa, es habitual que se termine reconociendo la responsabilidad civil del profesional por no escoger, ante la incertidumbre, la interpretación más desfavorable para los intereses del cliente e interponer la demanda de acuerdo con este plazo⁷.

⁶ Por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP Barcelona 28 diciembre 2018 (AC 2018,1734) se parte de hechos probados semejantes a los de la resolución objeto del presente comentario y, sin embargo, termina siendo rechazada la responsabilidad civil del abogado. En el mencionado caso, se había contratado al letrado para reclamar una indemnización por los daños derivados del mal resultado de la operación *hallus valgus* del pie izquierdo (juanetes). Con posterioridad el cliente sufrió lesiones en la rodilla (rotura de menisco), emitiéndose dos informes de peritos que discrepaban sobre si tales lesiones podían o no considerarse secuelas de la primera operación, dato fundamental para determinar el concreto *dies a quo* de la demanda. Finalmente, el letrado tomó en consideración la fecha de curación de las lesiones de la rodilla como *dies a quo* del plazo para reclamar. Así las cosas, el juzgado de primera instancia estimó la responsabilidad del profesional porque «debería de haber presentado la demanda teniendo en cuenta el alta del pie por si acaso». Sin embargo, posteriormente la Audiencia Provincial rechazó la responsabilidad del profesional: «En el caso de autos la cuestión de la prescripción resultaba opinable y atendido el resultado de las pruebas periciales practicadas ante el juzgado de lo contencioso, altamente razonable considerar en el marco del debate jurídico procesal, que la acción no había prescrito».

⁷ Nuestra jurisprudencia ha recurrido reiteradamente al criterio del interés del cliente al valorar la posible negligencia del letrado en estos casos. Por ejemplo, la STS 3 octubre 1998 (RJ 1998,8587), pese a reconocer que el tema (plazo prescriptivo de las reclamaciones al FOGASA) era dudoso, lo que quedó evidenciado por la discordancia entre la sentencia de Magistratura y la del Tribunal Superior de Justicia, concluyó que «una mínima cautela profesional le obligaba a partir de la postura más desfavorable a sus intereses

Pero lo que también pudo suceder es que el letrado, contratado en principio para la incoación del proceso penal contra la doctora del servicio de Oftalmología, no informara a la cliente, tras la notificación del auto de archivo de las diligencias previas, sobre la posibilidad de reclamar con posterioridad la correspondiente responsabilidad patrimonial de la Administración y del perentorio plazo con el que contaba, si optaba por solicitar una indemnización.

En relación con esta cuestión hay que señalar, que el deber de informar de los profesionales del Derecho constituye la prestación accesoria a cargo de estos profesionales a la que han dedicado más atención nuestros tribunales, pudiéndose afirmar que existe una línea jurisprudencial bastante definida y consolidada en torno al mismo. De hecho, en los últimos tiempos, muchas de las sentencias estimatorias de responsabilidad civil de los profesionales liberales (no solo de los abogados) derivan precisamente del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de este relevante deber de cooperación.

Como es sabido, ni el deber de informar ni el resto de los deberes anexos a la prestación principal del abogado suelen encontrarse reflejados en el contrato y tampoco son objeto de un desarrollo detallado y completo por parte de las diferentes normas reguladoras de la profesión. Ello ha obligado a la jurisprudencia a anticiparse a las respuestas doctrinales y asumir desde un principio el difícil reto de proponer soluciones a los complejos interrogantes jurídicos derivados de su aplicación. De ahí que resulte imprescindible acudir a la doctrina jurisprudencial para identificar y conocer los principales caracteres de los deberes accesorios de obligada observancia por parte de los abogados, entre los que destaca el deber de informar.

Pues bien, de acuerdo con nuestros tribunales, la información sobre el asunto y las circunstancias que lo rodean (*v. gr.*, vías de actuación, viabilidad de cada una de ellas, posible o previsible evolución y riesgos para la consecución del resultado final perseguido por el cliente) comienza en la fase precontractual, pero se extiende durante toda la relación contractual, persistiendo incluso con más intensidad cuando esta finaliza.

(*plazo de prescripción del año*)», lo que exigía que hubiera actuado inmediatamente. En el caso en cuestión el abogado no reclamó al FOGASA hasta 1987, casi tres años después del momento en que se daban las condiciones legales para ello.

De igual forma, la SAP Zaragoza de 7 noviembre 1994 (Act. Civ., 1995, 1, marg. 504) estimó la responsabilidad del abogado derivada de una inadecuada estrategia defensiva en un caso en el que la cuestión planteada era indubitablemente compleja. Esta resolución reprochó al letrado la interposición del recurso laboral fuera de plazo por estimar inhábil el mes de agosto, ya que «*aunque la inhabilidad de dicho mes no era cuestión pacífica antes de la reciente Ley de Procedimiento Laboral (...), aunque el letrado abrigara alguna duda al respecto, su diligencia le obligaba a salvaguardar la acción de su cliente presentando el recurso en plazo, prescindiendo de la supuesta inhabilidad del mes de agosto*».

La pionera STS de 25 marzo 1998 (RJ 1998, 1651) fue la primera en proclamar que el letrado debe intensificar la información suministrada al cliente al término de la relación contractual, afirmación que ha sido replicada con posterioridad por nuestras Audiencias Provinciales⁸. Conforme a jurisprudencia reiterada, si en ese momento las pretensiones del cliente hubieran sido desestimadas, el letrado deberá informarle de otros posibles cauces procesales en los que puedan ser estimadas, aunque ello implique recomendar la actuación en un orden jurisdiccional diferente de aquel para el que fue contratado⁹.

Como el cliente «*se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información*» (así lo admitió la citada STJUE 15 enero 2015), es posible que aquel –en la mayoría de las ocasiones, lego en Derecho– carezca de conocimientos suficientes para formular al abogado las preguntas pertinentes en relación al asunto encomendado, por lo que ha de ser el profesional quien tome la iniciativa en el suministro de la información, configurándose la obligación de informar como un deber de prestación «espontánea» por su parte (expresión utilizada, entre otras, por la SAP Madrid 30 julio 2018 [JUR 2018, 21072])¹⁰.

Así pues, de acuerdo con las resoluciones de nuestros tribunales, tras el archivo de las diligencias penales, sobre el abogado demandado recaía la obligación de informar a la clienta de todas las posibilidades de actuación en relación con el asunto encomendado, aunque aquella solo le hubiera contratado para incoar el procedimiento penal (cuestión que desconocemos) y aunque la clienta no hubiera solicitado al profesional información sobre otras posibles vías judiciales (extremo que ignoramos igualmente), esto es,

⁸ En la jurisprudencia «menor», recogen la necesidad de que el letrado intensifique la información al finalizar la relación contractual, entre otras muchas, las SAP Sevilla 6 junio 2012 (JUR 2012,330154), SAP Santa Cruz Tenerife 2 mayo 2014 (JUR 2014,275208), SAP Ciudad Real 27 enero 2016 (JUR 2016,58320), SAP Sevilla 4 febrero 2016 (JUR 2016,122424) y SAP Girona 8 abril 2016 (JUR 2016,181637).

⁹ Concretamente, reconocieron las SAP Santa Cruz de Tenerife 2 mayo 2014 (JUR 2014,275208), SAP Málaga 6 noviembre 2015 (AC 2016,293), SAP Girona 8 abril 2016 (JUR 2016,181637), SAP Valencia 2 junio 2018 (JUR 2018,211838) y SAP Córdoba 18 junio 2018 (JUR 2018,256670): «*en caso de desestimación de las pretensiones de su cliente, deberá informar de otros posibles cauces procesales en las que aquellas puedan ser estimadas*».

En el mismo sentido, véase SERRA RODRÍGUEZ, *RJ&D*, 2019, p. 91, quien defiende que el abogado deberá informar incluso tras la extinción de la relación contractual «*del estado de la situación a fin de que pueda seguir defendiéndose ante quien corresponda*». Por el contrario, ZAMPROGNA MATIELLO, 2012, pp. 312- 313, no considera adecuado exigir al abogado que informe al cliente sobre áreas que no se relacionan con la consulta o con la acción original.

¹⁰ Confirman esta idea CHINCHILLA IMBETT, *RDP*, 2011, p. 338 y BOZZO HAURI/RUZ LÁRTIGA, *RI&P*, 2019, pp. 62-63.

sobre la incoación de otro procedimiento distinto de aquel para el que fue contratado inicialmente.

En definitivas cuentas, si el motivo por el que el abogado dejó transcurrir el plazo de interposición de la acción de responsabilidad patrimonial fue que la clienta no le encomendó este asunto hasta que ya fue demasiado tarde, y ello, a su vez, aconteció porque aquella no fue informada por el profesional en el que había depositado su confianza sobre la viabilidad de la mencionada acción, estaríamos de nuevo ante un incumplimiento imputable al profesional.

Por eso precisamente las STS 14 mayo 1999 (RJ 1999,3106), SAP Barcelona 1 febrero 2000 (AC 2000,4400) y SAP Zaragoza 5 junio 2015 (AC 2015,1115) estimaron la responsabilidad del letrado que había sido contratado para defender los intereses en la vía penal, que, al igual que pudo suceder en el caso que nos ocupa, no informó sobre otras posibilidades de recurso (reclamación de indemnización de daños y perjuicios), sin que sirviera como excusa la falta de solicitud de esta información por parte de los clientes.

En los escenarios descritos en las páginas precedentes, en los que al letrado le resulta imputable el incumplimiento contractual, se multiplican las posibilidades de que la cláusula enjuiciada fuera impuesta por el profesional, pues es difícil comprender que, salvo que mediara dolo o error-vicio, el cliente estuviera dispuesto a negociar sobre la posibilidad de eximir de responsabilidad al profesional por un incumplimiento contractual que le resultaba imputable y ello sin recibir ningún tipo de compensación o contrapartida a cambio (como pudiera ser una rebaja en los honorarios u otro beneficio que compensara el sacrificio de la renuncia).

Pero es posible que la falta de interposición en plazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial no resultara imputable al abogado, sino que la causa de tal interposición extemporánea hubiera sido provocada por la propia clienta o se debiera a caso fortuito o fuerza mayor. Analicemos tales posibilidades a continuación.

En primer lugar, el tenor literal de la cláusula enjuiciada nos da una pista sobre una posible causa que puede explicar la extemporánea interposición de la demanda. En concreto, la clienta justifica la exención de responsabilidad que beneficia al profesional, porque *«conozco la enfermedad por la que está pasando»*, dando a entender que el profesional sufre una enfermedad que merma sus competencias y capacidades profesionales. Si el motivo de la no presentación de la demanda en plazo fuera la enfermedad grave del abogado e inhabilitante sufrida con posterioridad a la celebración del contrato de prestación de servicios jurídicos y durante el lapso de tiempo en el que la acción de responsabilidad patrimonial debía

haber sido interpuesta, podríamos estar ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, que justificaría la falta de cumplimiento del contrato y extinguiría la obligación *ex* artículo 1184 CC.

Precisamente, la Ley procesal civil (artículo 188.5 LEC) contempla la «*muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta del abogado de la parte*», siempre que fueran «*justificadas suficientemente*», como causas que permiten solicitar la suspensión de un determinado juicio ya señalado. Así las cosas, no le podría ser exigido al abogado (deudor) un cumplimiento que devino imposible, pero, en aras de la buena fe y de la equidad y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, tendría que devolver las prestaciones (provisión de fondos) que con anterioridad hubiera recibido de la clienta. De igual forma, la buena fe exigiría que, como prevé el artículo 50 del vigente Estatuto General de la Abogacía, el profesional comunicara «*su renuncia por escrito dirigido al cliente (...) y deberá proporcionar al compañero que se haga cargo del asunto y que se lo requiera todos los datos e informaciones que sean necesarios para la adecuada defensa del cliente*».

Hemos de recordar que en las relaciones obligatorias como la del presente supuesto, esto es, duraderas o de tracto sucesivo y, además, fundadas en la confianza, tal renuncia ha de ser conceptuada, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones, como un desistimiento unilateral, que, como exige la jurisprudencia, para que resulte ajustado a las exigencias de la buena fe (artículo 1258 CC), ha de ejercitarse mediante una notificación al acreedor del servicio (en nuestro caso, a la clienta) respetando un determinado plazo de preaviso, esto es, ha de mediar un lapso de tiempo adecuado desde que se comunica la voluntad de desligarse del vínculo jurídico y el momento de extinción propiamente dicho, para que la otra parte pueda adoptar medidas dirigidas a proteger sus intereses. El ejercicio del desistimiento en las condiciones expuestas impedirá cualquier pretensión indemnizatoria por parte del otro contratante¹¹.

En segundo lugar, otra posible causa de la falta de interposición en plazo de la demanda que, en esta ocasión, resultaría imputable a la acreedora del servicio, aparece apuntada en la sentencia de la Audiencia Provincial. Durante este procedimiento, el abogado

¹¹ Como expresan las SSTS 16 diciembre 2005 (RJ 2006,155) y 15 marzo 2011 (RJ 2011,3321), el ejercicio de la facultad de desistimiento de manera sorpresiva, sin dejar un margen de reacción gracias a un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo del derecho o constitutivo de conducta desleal incurra en la mala fe en el ejercicio de los derechos que, si bien no obsta a la extinción del vínculo, dará lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios.

alega la falta de aportación por parte de la clienta de documentos trascendentales en el procedimiento contencioso administrativo (según el abogado, la clienta no le hizo entrega de veintiséis informes médicos), «*documentos originales imprescindibles para sustentar la pretensión de la demandante*».

No cabe duda de que el desarrollo por el abogado de la función que le ha sido confiada requerirá siempre de cierta colaboración del cliente para que el servicio encomendado pueda ser cumplido¹². De hecho, en el ámbito de los contratos de servicios desempeñan un papel fundamental los deberes de cooperación mutua, que funcionan en ambos sentidos. En definitiva, pues, la comunicación entre abogado y cliente constituye un proceso bidireccional donde ambas partes han de interactuar. Por ello, la ausencia de cooperación de una parte descargará a la otra, al menos parcialmente, de las consecuencias de la inejecución que hubieran sido invocadas por cualquiera de ellas¹³.

De acuerdo con la jurisprudencia recaída sobre el tema, por lo que respecta al cliente, su carga de cooperación le exigirá, en primer lugar, poner en conocimiento del letrado los antecedentes de hecho y de derecho que el profesional ignore y entregarle los documentos que sean precisos para una defensa adecuada: *v. gr.*, fotografías, informes médicos, soportes informáticos, documentos acreditativos de la deuda (SAP Zaragoza 16 abril 1993 [AC 1993,417]), escrituras (SAP Valladolid 13 marzo 2000 [AC 2000,1020] y SAP Madrid 16 diciembre 2011 [JUR 2012,34771]), planos de la vivienda propiedad del cliente (SAP Madrid 16 diciembre 2011 [JUR 2012,34771]), partes amistosas de accidentes (SAP Barcelona 17 enero 2001 [JUR 2001,145157]), letras de cambio (SAP Madrid 31 octubre 2001 [AC 2001,91]), etc.

La presentación al profesional de estos documentos suele ser decisiva para la solución del caso, de acuerdo con el reparto de la carga de la prueba previsto en el artículo 217 LEC. Estos documentos no sólo resultarán necesarios para esclarecer las circunstancias fácticas del asunto litigioso sino, también, como disponen los artículos 264 y siguientes LEC, para acompañar a la correspondiente demanda o contestación. Llegados a este punto, el problema radica en determinar cuál de las dos partes –acreedor o deudor del servicio– ha de probar que se ha entregado al abogado la documentación necesaria para entablar y ganar el pleito. Aunque no cabe duda de que al abogado le resultará relativamente

¹² LUCAS FERNÁNDEZ, 1986, p. 92.

¹³ ZAMPROGNA MATIELLO, 2012, pp. 322, MACANÁS, *Indret*, 2015, p. 28 (según pdf.) y NAVARRO MENDIZÁBAL, 2017, p. 536.

sencillo acreditar los documentos recibidos de manos del cliente mediante, por ejemplo, un recibo en el que conste todo lo que le ha sido entregado, nuestros tribunales no ofrecen una respuesta unívoca al respecto¹⁴.

En la «jurisprudencia menor» pueden localizarse numerosos supuestos en los que se rechaza la negligencia del profesional, debido a que el cliente no aportó documentación suficiente para interponer la demanda, pese a las advertencias del letrado de las «*escasas probabilidades de éxito a una iniciativa procesal con tan poco bagaje probatorio*» (SAP Oviedo 2 junio 2014 [JUR 2014,180046]). Semejantes a nuestro caso, son los supuestos resueltos por la SAP Huelva 30 septiembre 2016 (AC 2016,1999) –que exculpó de responsabilidad al letrado, porque no tuvo en su poder toda la información necesaria para efectuar la reclamación civil de daños y perjuicios que pretendía el cliente– o por la pionera SAP Palencia 23 febrero 1998 (AC 1998,3203), que desestimó la responsabilidad civil del abogado contratado para ejercitar las acciones civiles pertinentes en reclamación de la indemnización por los daños y secuelas padecidas por la actora, como consecuencia de un accidente de tráfico y que no reclamó los daños estéticos sufridos. Tras probarse que tales daños no constaban en el informe forense ni resultaban apreciables a simple vista, sentenció el tribunal: «(...) *mal puede el letrado intentar acreditar y reclamar aquello de cuya existencia no tiene constancia ni se le ha informado*».

Ahora bien, la afirmación definitiva de que, en tal hipótesis, no medió incumplimiento del profesional, exigirá comprobar que el letrado informó a la clienta no solo de la importancia de la documentación para poder acreditar la cuantía de los daños, sino también del breve tiempo con el que contaba para recopilar y entregársela, habida cuenta el escaso plazo de prescripción de la acción.

En tercer lugar, lo que también pudo ocurrir, es que, tras el resultado adverso del procedimiento penal –que generó costas procesales que la clienta debió asumir–, esta decidiera no continuar con el procedimiento en la vía contencioso-administrativa y que, con posterioridad, reconsiderara su decisión, cuando ya era demasiado tarde por haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción. En tales circunstancias, para apreciar cumplimiento con-

¹⁴ Como admitió la SAP Pontevedra 19 julio 2013 (JUR 2013,275772), de acuerdo con las normas procesales «*corresponde a la parte actora acreditar que los documentos de que se trata fueron entregados al abogado demandado*». Ahora bien, la SAP Cádiz 2 mayo 2002 (JUR 2002,185948) oportunamente reconoció que «*si el abogado niega haber recibido un determinado documento, endiabladamente mal lo tiene quien quiera probar lo contrario*». Diferente es la solución defendida por la SAP Madrid 16 diciembre 2011 (JUR 2012,34771), que partió de que era el letrado quien debía acreditar la devolución de la documentación entregada por el cliente.

tractual por parte del deudor de la prestación, sería necesario que la primera decisión de no incoar el procedimiento hubiera sido adoptada por la clienta tras recibir información sobre la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios, así como sobre el porcentaje aproximado de prosperabilidad de tal pretensión.

Pese a que tanto la doctrina¹⁵ como nuestros tribunales¹⁶ han rechazado contundentemente que el acreedor de la prestación pueda imponer instrucciones al letrado relativas a cuestiones jurídicas (qué acción ejercitar, en qué plazo, ante qué tribunal) o que impliquen la imposición de una determinada línea o estrategia defensiva, es al cliente a quien le corresponde adoptar la decisión sobre la existencia o continuación del proceso (demandar o no, recurrir o no, allanarse o no)¹⁷. En mi opinión, si tras recibir la correspondiente información, la clienta decidió no continuar con el procedimiento en la vía contencioso-administrativa, el letrado no podía apartarse de estas instrucciones, aunque hubiera estado convencido de que, ignorándolas, podría obtener un resultado más favorable. Lo máximo que podría haber hecho, si consideraba que tal decisión era desacertada, hubiera sido reforzar su deber de información y consejo para tratar de incitar a la clienta a que reconsiderara las instrucciones emitidas.

En estos otros escenarios ahora descritos, en los que no hay incumplimiento o este no es imputable al abogado, es donde, a mi juicio, resulta factible que la cláusula enjuiciada hubiera sido el resultado de una negociación de ambas partes, porque los indicios parecen apuntar en tal dirección. En la hipótesis de incumplimiento no imputable al profesional, resulta más que probable que el letrado se hubiera negado a interponer una acción que ya estaba prescrita, pues no cabe duda de que tal actuación provocaría la activación de una responsabilidad civil profesional inexistente hasta ese

¹⁵ FUERTES-PLANAS ALEIX, 2014, p. 410, ORTEGA REINOSO, *RJCyL*, 2014, p. 27 (según pdf) y MACANÁS, *Indret*, 2015, p. 27 (según pdf.).

¹⁶ Sobre este particular, las SSTs 22 octubre 2008 (RJ 2008,5787) y 6 junio 2018 (RJ 2018,3157) admitieron que «la decisión del tipo de demanda que debe ser interpuesta valorando el interés del cliente en obtener el éxito de sus pretensiones con la mayor celeridad y al menor coste posible, es una decisión profesional, la cual, (...) está reservada al abogado».

¹⁷ A estos efectos, resulta ilustrativa la SAP Barcelona 22 enero 2015 (JUR 2015,156394): «no alcanza a los deberes exigibles del letrado la toma de decisiones en lugar de su cliente. La labor del letrado consiste (...) en informar a sus clientes de las posibles opciones existentes, de los riesgos y consecuencias, ciertas o previsibles, de las diferentes posibilidades en defensa de sus intereses, para que, con ello, sea el cliente quien tome la decisión final, debiendo entonces el letrado seguir sus instrucciones con respeto también de la *lex artis*». En el mismo sentido, consideraron que quien tiene que adoptar la decisión última sobre la interposición o no de un recurso debe ser el cliente, previo asesoramiento del abogado, la STS 14 diciembre 2005 (RJ 2006,1225) y las SAP Santa Cruz de Tenerife 9 octubre 1999 (AC 1999,6451), SAP Barcelona 26 junio 2002 (AC 2002,2313), SAP Valencia 22 octubre 2003 (JUR 2003,11917) y SAP Córdoba 12 diciembre 2017 (JUR 2018,75752).

momento¹⁸. Así las cosas, si tras informar adecuadamente a la clienta de las nulas posibilidades de éxito de su pretensión, esta insistiera en su propósito de interponer la demanda, la cláusula podría ser el resultado de una transacción, en la que lo obtenido por aquella fuera una prestación de hacer por parte del profesional, cuya ejecución no hubiera conseguido de no mediar la controvertida cláusula¹⁹.

De haberse acreditado la existencia de tal negociación (lo que el abogado –sobre el que recaía la carga de la prueba del mencionado extremo– no hizo), el contenido del acuerdo no resultaría tan desequilibrado y, aunque lo fuera, debería ser respetado conforme a las reglas generales que rigen en un derecho liberal de los contratos como el nuestro, salvo que no acatara los límites del artículo 1255 CC o que el consentimiento del cliente no se hubiera otorgado de forma libre y voluntaria. No obstante, esta última circunstancia no fue alegada en la demanda ni resultó acreditada con las pruebas practicadas en los autos, como reconoció expresamente la sentencia de la Audiencia Provincial.

Por tanto, descartado el vicio del consentimiento, la única posibilidad para declarar la nulidad de la cláusula negociada radicaría en demostrar que aquella contravenía el tenor literal del artículo 1102 CC que, como es sabido, prohíbe la renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad proveniente de dolo, esto es, la responsabilidad derivada de un incumplimiento de la obligación consciente y voluntario.

Sin embargo, la cláusula enjuiciada delimita la clase de incumplimientos cuya concurrencia eximirán de responsabilidad al letrado, pero no especifica qué tipo de imputación ha de concurrir para que se produzca tal consecuencia. Ello obliga a realizar un análisis del título de imputación del incumplimiento del abogado, con la finalidad de determinar si el mismo fue doloso, lo que haría inoperante la cláusula de exoneración de responsabilidad o si, por el contrario, medió culpa leve, en cuyo caso deberá mantenerse la validez de esta. No parece que en ninguna de las hipótesis enumeradas con anterioridad de posibles supuestos de incumplimiento

¹⁸ Así lo admitió la SAP Barcelona 31 marzo 2017 (AC 2017,612), según la cual, para declarar la responsabilidad civil del letrado en los supuestos de prescripción de la acción o recurso no será preciso «una resolución judicial que declare tal prescripción, pues lo que sí sería negligente es precisamente el ejercicio de acciones cuando se hace patente la misma, es decir agotado el plazo legalmente previsto».

¹⁹ En sentido parecido se pronuncia DE VERDA Y BEAMONTE, *Rev. Fueyo Laneri*, 2005, p. 35, quien precisamente señala como un supuesto de cláusulas de exoneración (parcial) y limitación de responsabilidad libremente aceptada, la posibilidad de obtener un servicio, en el que quien lo presta corre un alto riesgo de no satisfacer el interés del acreedor, por lo que el deudor solo se obliga a realizarlo, si se le garantiza que únicamente responderá dentro de ciertos límites, ante las situaciones de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

imputable al abogado hubiera concurrido dolo, conclusión corroborada por la propia demandante, que exigió al profesional una responsabilidad a título de culpa. Esto es, el artículo 1102 CC no resultaba aplicable, porque el incumplimiento del deudor no fue doloso, sino a título de culpa leve.

Ahora bien, no hemos de olvidar que la doctrina mayoritaria considera aplicable la prohibición del artículo 1102 CC a los supuestos de culpa grave (tradicionalmente denominada culpa lata), pese a que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, nuestro Código civil no recoja ningún precepto que expresamente sancione la nulidad de tales cláusulas²⁰. Debido a la difícil prueba del elemento intencional y volitivo que requiere el dolo, puede resultar muy útil la extensión de la prohibición recogida en el artículo 1102 CC a aquellos supuestos que, como máximo, pueden ser encajados en la categoría de culpa grave, ya que se trata de actos gravemente contrarios a la buena fe por mediar una negligencia absolutamente grosera, pero en los que la indagación de la voluntad interna del deudor no revela la concurrencia del elemento intencional característico del dolo.

De los posibles incumplimientos imputables en los que pudo incurrir el letrado enumerados en páginas precedentes, solo podría calificarse, a mi juicio, como constitutivo de culpa grave, la interposición extemporánea de la demanda debido a la desidia o descuido del profesional, porque, en tal caso, el abogado habría omitido las precauciones más básicas y elementales, al no emplear en la ejecución de la prestación ni la diligencia mínima exigible incluso a un abogado inexperto. Por tanto, de haberse demostrado el carácter negociado de la cláusula, así como la no concurrencia de vicio de consentimiento, la única posibilidad para declarar su nulidad sería alegar que la interposición extemporánea por descuido se había producido por culpa grave y que, en consecuencia, la cláusula de exención de responsabilidad habría de considerarse nula, dado la equiparación doctrinal del dolo y la culpa grave a los efectos del artículo 1102 CC.

En conclusión, pues, existían tres posibilidades en cuanto a la cláusula enjuiciada. Que se declarara nula por abusiva, si además de prerredactarse por el letrado, se considerara que no fue negociada, esto es, que fue incorporada de forma unilateral por el profesional e implicara una derogación injustificada del derecho supletorio aplicable a la cuestión en perjuicio de la consumidora²¹. Esta fue la

²⁰ Entre otros, extienden la prohibición del artículo 1102 CC a los supuestos de culpa grave JORDANO FRAGA, 1987, pp. 362-367, BELLO JANEIRO, *RGD*, 1993, p. 634 y DE VERDA Y BEAMONTE, *Rev. Fuego Laneri*, 2005, p. 48.

²¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1998, p. 69.

opción elegida por el Tribunal Supremo, debido al contenido desequilibrado de la estipulación y a la falta de acreditación de la negociación por parte del profesional.

En el caso de que el profesional hubiera conseguido probar que la cláusula fue el resultado de un proceso de negociación entablado por ambas partes, aún podría seguir no siendo válida, si el particular no hubiera podido apreciar la desproporción de la cláusula, esto es, si concurriera un vicio del consentimiento. Sin embargo, la presencia de un vicio del consentimiento fue directamente descartada por la Audiencia Provincial, como hemos indicado anteriormente.

Por último, podría haberse entendido, como hicieron los tribunales de instancia, que la prerredacción no prejuzgaba el carácter negociado de la cláusula y que, al no concurrir vicio del consentimiento, pese al aparente desequilibrio, había de concluirse que la cláusula tenía un contenido justo, porque si la consumidora lo hubiera considerado injusto seguramente hubiera rechazado firmarlo.

2. ¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS QUE APLICAN NUESTROS TRIBUNALES PARA CONCLUIR QUE UNA CLÁUSULA NO HA SIDO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE?

De acuerdo con lo expuesto en las páginas precedentes, el punto clave del que depende la solución del caso, es la acreditación o no del carácter negociado de la estipulación cuya validez se discute²². Para el Tribunal Supremo en el presente caso nos encontramos ante una cláusula no negociada, pues el letrado, sobre el que, conforme a la legislación vigente, recaía la carga de la prueba, no logró demostrar lo contrario. Al Alto Tribunal le bastó este argumento para cambiar la valoración jurídica sostenida por los tribunales de instancia sin entrar a comprobar si, realmente, en el proceso de formulación y redacción de la cláusula, medió o no negociación. Así las cosas, ¿cuáles son los criterios que utilizan nuestros tribunales para identificar que una cláusula ha sido negociada?

Pues bien, como puntualiza la STS 22 abril 2015 (RJ 2015,1360), *«para que se considere que las cláusulas de los contratos celebra-*

²² Como acertadamente afirma ALFARO ÁGUILA-REAL, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1998, pp. 58 y ss., la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios sobre cláusulas abusivas no solo tiene en cuenta el contenido para delimitar el objeto de control (no basta que se trate, como sucede en nuestro caso, de una cláusula claramente desventajosa para la clienta), sino que habrán de analizarse las circunstancias que rodean a la celebración del contrato o cláusula en cuestión, para poder admitir o rechazar que las cláusulas desequilibradas incluidas en un contrato entre un empresario y un consumidor han sido o no objeto de negociación individual.

dos con los consumidores (...) no tienen el carácter de condiciones generales o de cláusulas no negociadas y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de «condiciones particulares» o menciones estereotipadas o predispuestas que afirmen su carácter negociado»²³. Esto no sucedió en nuestro caso, pues la cláusula en cuestión se negoció después y, por tanto, no se recogía en el contrato originario acompañando al resto de cláusulas.

Conforme a las relevantes SSTs de 22 de abril 2015 (RJ 2015,1360) y 29 abril 2015 (RJ 2015,2042), «para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique o justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese consumidor (...) y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas (...) está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas».

Por tanto, para entender que la cláusula enjuiciada había sido negociada, resultaba imprescindible que el abogado hubiera explicado el motivo que llevó a la redacción de tal estipulación. Conforme a lo expuesto en páginas precedentes, ello solo resultaba factible en el supuesto de que la falta de interposición en plazo de la acción no fuera imputable al profesional y que, pese a ser conocedora de la prescripción de la acción, la clienta le hubiera insistido en incoar el proceso en la vía contencioso-administrativa. Solo en tales circunstancias, en las que con toda seguridad el letrado se hubiera negado a interponer la acción para no incurrir en responsabilidad profesional, puede explicarse y justificarse un acuerdo aparentemente tan desventajoso para la clienta. Así las cosas, la contrapartida obtenida por la concreta consumidora sería la interposición de una acción que, dadas las circunstancias concurrentes, era difícil que cualquier otro abogado hubiera estado dispuesto a incoar.

Tampoco basta con que el empresario o profesional se limite a afirmar que la cláusula controvertida ha sido negociada individualmente, sin justificar dicho extremo²⁴. Señala la jurisprudencia que el letrado deberá acreditar «cumplidamente la existencia de tal negociación», es decir, deberá demostrar que el contenido de la cláusula fue decidido y negociado por ambas partes, que el consu-

²³ Se han pronunciado igualmente sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, las SSTs 18 abril 2013 (RJ 2013,3387) y 12 enero 2015 (RJ 2015,608).

²⁴ Así lo admite, entre otras, la SAP Guipúzcoa 30 enero 2015 (AC 2015,696)

midor no solo contaba con la alternativa de aceptar o rechazar la oferta, sino que podía modificarla, contraofertar (en palabras de Alfaro Águila-Real, que existió regateo, toma y daca respecto de la cláusula²⁵), extremo que, como se puede adivinar, será complicado acreditar en la mayoría de los casos.

Por ejemplo, podría acreditarse aportando un historial de emails intercambiados entre el profesional y la consumidora que demostraran que aquella realmente pudo influir en la negociación, aunque finalmente decidiera no hacerlo (cuando, *v. gr.*, el texto definitivo de la cláusula coincida con el tenor literal propuesto por el profesional, porque la clienta haya decidido no modificarla). Ahora bien, los hechos se produjeron en el año 2007, un momento en el que la comunicación electrónica no se encontraba tan extendida como en la actualidad, en un sector, el de la prestación de servicios jurídicos en el que, paradójicamente (ya lo dice el refrán: «en casa del herrero, cuchillo de palo»), proliferan los acuerdos verbales, por lo que no suele ser habitual la constatación escrita ni tan siquiera del contrato de prestación de servicios u hoja de encargo. La relación de confianza que subyace en estos casos explica la falta de documentación tanto del contrato y de las negociaciones producidas en torno al mismo, como de sus posteriores vicisitudes²⁶; pero esta falta de documentación ha de jugar, en el campo del derecho de consumo, claramente en contra del profesional.

La sentencia cuya relectura se presenta en estas páginas pone en evidencia las incuestionables dificultades que en muchas ocasiones habrán de superar los empresarios para acreditar la existencia de cualquier proceso de negociación. Pese a ello, según la SAP Ciudad Real 20 noviembre 2014 (AC 2015,69) no puede *«aceptarse el alegato genérico de que se le está exigiendo una prueba diabólica, dada la mayor dificultad probatoria de la entidad (...) para aportar la documentación que obre en el expediente de contratación, por lo que si no lo ha hecho esa falta de prueba debe pesar en su contra, pues otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo –la ausencia de negociación– lo que configura, esta vez sí, una prueba imposible o diabólica»*.

²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, 2012. Por el contrario, la cláusula no será negociada cuando, como precisan, entre otras, la SAP Pontevedra 12 diciembre 2016 (AC 2017,504) y la SAP Pontevedra 29 noviembre 2017 (JUR 2018,29771), *«la redacción literal de las cláusulas no recoge concesión alguna a la posición del prestatario. No deja margen alguno a la negociación o debate contractual, sino que se limita a imponer una situación dada que, o se toma o se deja, sin margen al cruce de propuestas que pudiera derivar en un acuerdo resultante de mutuas concesiones y contraofertas»*.

²⁶ Recurrieron al argumento de la confianza que subyace a la relación abogado-cliente para justificar que, cuando se celebran contratos de prestación de servicios jurídicos, se prescinda de documentar la obligación, entre otras, las SAP Madrid 25 julio 2018 (JUR 2018,279297) y SAP Barcelona 20 septiembre 2018 (JUR 2018,250915).

Debido a que, por regla general, la tarea de la negociación suele ser ardua y compleja y teniendo en cuenta además que, en el ámbito de las cláusulas predispuestas (ya se trate de cláusulas no negociadas individualmente o de condiciones generales), la carga de la prueba de la negociación recae sobre el empresario, hubiera resultado aconsejable que el profesional documentara la negociación de alguna forma.

Si realmente al abogado no le resultaba imputable la extemporánea interposición de la acción, es probable que propusiera esta cláusula con carácter preventivo para protegerse de futuras demandas de responsabilidad, como una suerte de consentimiento informado. Si lo que sucedió –dato que desconocemos– es que, pese a las advertencias del profesional, la clienta decidió asumir el riesgo e incoar el proceso, el letrado no acertó al redactar el contenido de la estipulación, pues existía la posibilidad de que, en caso de que se apreciara su carácter negociado resultara anulable por la concurrencia de un vicio del consentimiento, o en el supuesto contrario, es decir, de sostenerse su imposición y la falta de negociación, pudiera ser declarada abusiva, como finalmente aconteció²⁷.

Desde mi punto de vista, quizá hubiera planteado menos problemas la redacción de un documento en el que la clienta asegurara que había sido informada cumplidamente de las escasas o nulas posibilidades de que la acción prosperara y que, a pesar de ello, había solicitado al letrado la interposición de la demanda en contra de su criterio profesional²⁸.

Pero es más que probable que el abogado no adoptara precauciones documentales porque en el momento en que se produjeron los hechos le resultaba inimaginable predecir el posterior desarrollo de los acontecimientos. No hemos de olvidar que la cláusula cuya validez se discute se redactó y firmó en 2007, un momento en el que estaban comenzando a dictarse las primeras sentencias sobre responsabilidad de los profesionales del Derecho que, hasta solo algunos años antes, habían disfrutado de una inexplicable e injustificable inmunidad que les protegía. No se debe ignorar tampoco que la percepción del contrato de prestación de servicios jurídicos entablado entre el abogado y el cliente como una auténtica relación de consumo entre un consumidor y un empresario es relativamente

²⁷ Reconoce igualmente MATE SATUÉ, 2021, p. 98, que el abogado ha de ser cuidadoso en la redacción de este tipo de documentos preventivos, para no ser confundidos con cláusulas de exoneración de responsabilidad.

²⁸ De la misma opinión es MATE SATUÉ, 2021, p. 96. Esta es la solución propuesta por la SAP Badajoz 29 mayo 2020 (JUR 2020,219596): «*El Letrado (...) ante esa supuesta obsesión e insistencia de su cliente (...), tenía que haber salvado su responsabilidad, haciéndole firmar un documento de que, si insistía en pedir esa ejecución dineraria, lo era por la insistencia de su cliente y contra su criterio profesional o bien debía haber renunciado a seguir defendiendo los intereses del señor (...)*».

reciente –como comprobaremos en el epígrafe posterior–. En definitiva, la adopción de ciertas precauciones por parte del letrado al redactar el documento con la intención de evitar que la cláusula fuera calificada como no negociada individualmente y, debido a la desproporción latente, abusiva, no solo no era práctica habitual en el sector de la abogacía en aquel momento (tampoco ahora), sino que hubiera supuesto para el profesional un ejercicio de adivinación cercano a la clarividencia.

Volvamos de nuevo a nuestro caso. En el supuesto de que el incumplimiento fuera imputable al profesional, resulta más difícil entender la razón por la que este acuerdo fue aceptado formalmente por la clienta, estampando su firma en el documento. En tal caso, la consumidora no obtenía ninguna ventaja, sino que solo renunciaba a facultades que le reconoce la ley sin recibir nada a cambio. Un acuerdo tan desfavorable tal vez solo pueda ser entendido desde la óptica de los vicios del consentimiento, pero estos presentan la desventaja de que han de ser alegados y probados por parte de quien los sufre, lo que no sucedió en el presente caso. Por el contrario, la caracterización de la cláusula como no negociada individualmente (y la consiguiente aplicación del control de contenido o abusividad) presenta la ventaja de que el carácter impuesto o no negociado de la estipulación no ha de ser probado por el consumidor. Esta fue la opción escogida por el Tribunal Supremo, que, a diferencia de los tribunales de instancia, dedujo la inexistencia de negociación de la falta de acreditación de este extremo por el abogado.

Tal conclusión sobre el carácter no negociado de forma individual de la estipulación no puede ser refutada alegando que la clienta contaba con la opción de rechazar la cláusula o que podía haber contratado a otro profesional, pues los servicios jurídicos no se prestan en régimen de monopolio. En relación con este argumento, las SSTs 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) y 3 junio 2016 (RJ 2016, 2300) han señalado que *«la negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese pre-disponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado»* (...) *«No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula»*²⁹.

²⁹ Reiteran este argumento las SSTs 29 noviembre 2017 (RJ 2017,5632), 13 septiembre 2018 (RJ 2018,3839) y 16 julio 2019 (RJ 2019,2799). Recientemente, la STS 18

Es decir, el hecho de que la clienta firmara voluntariamente la cláusula no constituye en absoluto un indicio de que hubiera sido negociada. Parafraseando la ya citada STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360), no se debe «*identificar contratación voluntaria y prestación del consentimiento libre (...) con negociación contractual*».

Ahora bien, la jurisprudencia citada que identifica ciertos criterios que pueden ayudar al intérprete a decidir el carácter negociado o impuesto de una concreta estipulación contractual, ha recaído en casos muy diferentes al enjuiciado, en el que se presentó a la consumidora una única cláusula contractual aislada y redactada en términos claros y comprensibles.

En las resoluciones citadas, las cláusulas cuya transparencia o abusividad se discutía –casi todas insertas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria–, estaban camufladas en un enrevesado clausulado contractual, que no era razonable ni eficiente económicamente que el consumidor leyera. Precisamente, esa falta de control privado justifica la intervención del legislador para asegurar la defensa de los derechos contractuales del que se adhiere a esas cláusulas³⁰.

En aquellos casos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre si el clausulado era o no negociado, al consumidor se le presentó un amplio y desarrollado contenido contractual, idéntico para todos los contratos del mismo tipo, en cuya redacción no tuvo ninguna influencia. Efectivamente, la existencia de un condicionado general implica un importante indicio de que no ha existido negociación³¹, pues, como acertadamente advierte Mato Pacín³², «*en el momento en el que varios contratos que comparten un mismo predisponente y distintos adherentes tienen el mismo contenido, puede concluirse que no ha habido negociación individual*».

Ahora bien, en nuestro caso, la cláusula no se ubicó entre una abrumadora cantidad de datos, dentro de los cuales quedara enmascarada; no se encontraba situada en un lugar secundario de la reglamentación contractual, en una ubicación que no permitiera hacerse idea cabal de su significado y trascendencia. Como ha advertido algún autor³³, la posibilidad que tiene el consumidor para influir en el contenido en casos como el presente (esto es, en los contratos de adhesión únicos), es mayor que en la contratación con condiciones

de enero 2021 (RJ 2021,252), insiste en la misma idea: «*no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contratos (...) ni tampoco equivale a negociación individual la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios (...)*».

³⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1998, p. 63.

³¹ ALBIEZ DOHRMANN, 2004, p. 82.

³² MATO PACÍN, 2017, p. 32.

³³ ALBIEZ DOHRMANN, 2004, p. 88.

generales, donde queda descartada de antemano la negociación. Por eso la normativa, que tiene en mente un clausulado con condiciones generales, atribuye al empresario-profesional la carga de demostrar que esto no fue así. Esta diferencia entre los clausulados con condiciones generales y los contratos individuales predispuestos o no negociados pone en entredicho que los criterios apuntados para los primeros puedan ser trasladados automáticamente a los segundos, sin que medie cierta matización o adaptación.

En este sentido, según Albiez Dohrmann³⁴, cuando estemos ante un contrato individual se debería partir de una premisa fáctica diferente: de la presunción de que es fruto de una negociación, por resultar el enfoque más respetuoso con los fundamentos básicos de nuestro Derecho contractual. Reconoce este autor, que el esfuerzo probatorio que ha de realizar el empresario para demostrar que un contrato individual no ha sido negociado es mayor incluso que cuando se trata de un condicionado general³⁵.

Aunque coincido con Albiez Dohrmann en que las posibilidades de negociación con las que cuenta el consumidor en un contrato individual predispuesto son mayores que en un contrato típico de adhesión, considero, siguiendo a nuestros tribunales, que cargarle con la prueba de acreditar la ausencia de negociación cuando se trate de un contrato individual, le abocaría a demostrar un hecho negativo; en la mayoría de los casos se trataría, pues, de una prueba inviable o impracticable, una suerte de prueba diabólica.

Ahora bien, puesto que el Tribunal Supremo se alejó de la valoración jurídica de los hechos probados sostenida en la instancia –tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial concluyeron que existió negociación–, hubiera sido deseable que la sentencia de casación hubiera afinado más al motivar las razones de este cambio, pues de ello dependía en última instancia la solución del caso.

IV. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS COMO RELACIÓN DE CONSUMO

La sentencia cuya relectura crítica es objeto del presente trabajo contribuye a consolidar la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre la calificación de la relación contractual de servicios entablada entre el cliente y su abogado como una relación de consumo, siempre que el cliente reúna la condición legal de consumidor, lo que

³⁴ ALBIEZ DOHRMANN, 2004, pp. 79, 82, 89 y 95.

³⁵ ALBIEZ DOHRMANN, 2004, p. 82.

ocurrirá cuando contrate el servicio con un propósito ajeno a su actividad profesional. Ello supondrá apartarse, en beneficio del consumidor, de la regulación general sobre diversos aspectos.

Así lo reconoció por primera vez la STS 8 abril 2011 (RJ 2011,3153), que corrigió la posición que había mantenido el Tribunal Supremo hasta ese momento sobre la materia³⁶ e introdujo la perspectiva del derecho de consumo en el ámbito de la prestación de servicios jurídicos, antes incluso que la conocida y comentada STJUE 15 enero 2015 –asunto C-537/13– (TJCE 2015, 5). Efectivamente, la mencionada sentencia de nuestro Alto Tribunal dictada en 2011 admitió que el contrato de servicios entablado entre el abogado y el cliente habrá de reconducirse a una relación de consumo si el cliente es un consumidor, con las consecuencias jurídicas que ello implica.

Con posterioridad a la mencionada STS 8 abril 2011 (RJ 2011,3153), la STJUE 15 enero 2015 (TJCE 2015,5), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo lituano, reconoció igualmente que la relación entre abogado y cliente ha de ser considerada una relación de consumo si el cliente es consumidor y dio un paso más, al admitir que la hoja de encargo pueda llegar a ser conceptualizada como un contrato de adhesión, sometida por tanto a los controles de la Directiva 93/13/CEE.

Aunque, como se ha señalado, antes de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia, en nuestro ordenamiento ya habían recaído diversas resoluciones tanto afirmando la concurrencia de una relación de consumo entre el abogado y su cliente³⁷, como admitiendo la posible calificación de la hoja de encargo como contrato de adhesión³⁸, esta decisión del Tribunal de Luxemburgo supuso, sin lugar a dudas, un antes y un después, un punto de inflexión y una auténtica revolución en la percepción jurídica de la prestación de servicios que proporcionan los abogados.

Como se puede imaginar, tras esta novedosa y destacada sentencia, se han multiplicado las resoluciones de nuestros tribunales de instancia en las que se procede a aplicar esta nueva perspectiva que proporciona el derecho de consumo. Aunque, de momento, muchas de las resoluciones recaídas sobre el tema no siguen una línea unívoca en su respuesta a los interrogantes que suscita esta nueva forma de contemplar la prestación de servicios jurídicos, el notable incremen-

³⁶ En un primer momento, la STS 30 mayo 1998 (RJ 1998,4076) rechazó tajantemente la posibilidad de adhesión en el sector de los servicios jurídicos.

³⁷ *Vid.*, SAP Barcelona 8 marzo 2011 (JUR 2011,180420) y SAP Salamanca 11 marzo 2013 (JUR 2013,136478).

³⁸ Lo hicieron, entre otras, las SAP Barcelona 8 marzo 2011 (JUR 2011,180420) y SAP Salamanca 11 marzo 2013 (JUR 2013,136478).

to de sentencias sobre la materia demuestra que la irrupción del derecho de consumo en este ámbito resulta ya imparable.

La posterior STS 24 febrero 2020 (RJ 2020,486)³⁹ volvió a considerar al contrato de prestación de servicios jurídicos como una relación de consumo amparada por la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios. En concreto, la mencionada resolución aplicó los arts. 60⁴⁰ y 65⁴¹ TRLGDCU para tratar de dar respuesta al principal problema que se suscitaba en ese caso: que el letrado había omitido cualquier información acerca de los honorarios, pues no existió hoja de encargo, por lo que la clienta no sabía cuál era el concreto precio del servicio que había contratado. De hecho, muchas de las sentencias dictadas por nuestros tribunales de instancia sobre la materia, versan precisamente sobre la falta de suministro de información accesoria relativa a las condiciones jurídicas y económicas de la contratación, en especial, la información sobre el precio u honorarios del servicio⁴². Esta clase de información accesoria alcanza una especial relevancia cuando el cliente es consumidor, porque, en tal caso, resultará aplicable el artículo 60 TRLGDCU.

En la mencionada sentencia el Tribunal Supremo reconoció, además, que el carácter verbal del contrato entablado entre las partes no es óbice para que le resulte aplicable la normativa tuitiva de los consumidores. En nuestro Derecho de los contratos rige el principio espiritualista o libertad de forma, por lo que, salvo en los contratos formales o solemnes, un contrato verbal tiene la misma validez y, por tanto, ha de recibir la misma protección que aquel que haya sido concluido por escrito⁴³. La aplicación de la normativa protectora de los consumidores y usuarios no depende de la

³⁹ Para un comentario detallado de la presente resolución véase CRESPO MORA, *Indret*, 2020.

⁴⁰ Son numerosas las sentencias de instancia que proponen la aplicación del artículo 60 TRLGDCU en el sector de la prestación de servicios jurídicos: entre otras, SAP Álava 7 febrero 2011 (JUR 2011,295952), SAP Barcelona 8 marzo 2011 (JUR 2011,180420), SAP Alicante 26 febrero 2015 (JUR 2015,129493), SAP Asturias 29 marzo 2017 (AC 2017,553), SAP Vizcaya 14 diciembre 2017 (JUR 2018,69297), SAP Barcelona 25 enero 2018 (JUR 2018,84572), SAP Ciudad Real 15 febrero 2018 (JUR 2018, 117282), SAP Barcelona 14 junio 2018 (JUR 2018,181789), SAP Sevilla 29 junio 2018 (JUR 2018,256436) y SAP Madrid 25 julio 2018 (JUR 2018,279297).

⁴¹ Entre otras muchas, han propuesto la aplicación del artículo 65 TRLGDCU en caso de incumplimiento por parte de los abogados de la obligación de proporcionar la información consagrada en el artículo 60 TRLGDCU las SAP Salamanca 10 junio 2014 (JUR 2014,186272), SAP Pontevedra 29 julio 2016 (JUR 2016,210953) y SAP Salamanca 19 junio 2017 (JUR 2017,215023).

⁴² Curiosamente, también resolvió un problema de información sobre el precio la trascendente STJE 15 enero 2015 (TJCE 2015,5). En el presente caso, el proceso fue entablado por un abogado lituano contra su clienta para el cobro de los honorarios profesionales devengados en un procedimiento de separación matrimonial y liquidación de la economía familiar, en el que aquella opuso su condición de usuaria y reclamó la protección de la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios.

⁴³ Se pronuncia en idéntico sentido MATE SATUÉ, 2021, p. 76.

forma del contrato, sino de que el cliente cumpla los requisitos enumerados en el artículo 3 TRLGDCU, es decir, de la comprobación de que reúne la condición legal de consumidor.

Sin embargo, la referida sentencia olvidó mencionar el artículo 63 TRLGDCU, cuya observancia por parte del letrado le hubiera impuesto la obligación de entregar al cliente un justificante en el que se reflejaran las «condiciones esenciales de la operación» a las que se refiere expresamente el mencionado precepto⁴⁴, lo que, en el ámbito de la prestación de servicios jurídicos, probablemente haya de traducirse en proporcionar a la contraparte un documento que refleje tanto el encargo recibido, como los honorarios o bases que serán tenidas en cuenta para su posterior determinación. Así lo recomiendan las normas profesionales de la abogacía, como recordó esta sentencia.

En la sentencia que ahora se comenta de 6 abril 2021 (RJ 2021, 1483), el Alto Tribunal continúa avanzando por la senda abierta por las anteriores resoluciones y consolida la doctrina jurisprudencial que califica el contrato de prestación de servicios jurídicos entablado entre un cliente y un abogado como una relación de consumo, cuando aquel reúna la condición legal de consumidor. La jurisprudencia, anticipándose de nuevo a las respuestas doctrinales⁴⁵, vuelve a cumplir ese significativo papel que ha desempeñado y sigue desempeñando en la configuración jurídica de la prestación de servicios de los abogados.

Esta nueva manera de contemplar la relación obligatoria entre el abogado y el cliente entraña un incuestionable giro jurisprudencial, pues, hasta no hace mucho, existía cierta reticencia a aplicar la normativa tuitiva de consumo a la relación jurídica entablada entre ambos⁴⁶. Lo habitual era que los tribunales resolvieran los casos de responsabilidad por servicios prestados a consumidores con los mecanismos jurídico-civiles generales previstos para la prestación insatisfactoria del servicio, quedando deliberadamente relegada la aplicación de las normas específicas sobre derecho de consumo, a las que solo se acudía para reforzar la conclusión alcanzada de acuerdo con las reglas tradicionales⁴⁷.

⁴⁴ Vid. MATE SATUÉ, 2021, pp. 79-80.

⁴⁵ Hasta la fecha, son escasos los estudios que centran su análisis en la contemplación de la prestación de servicios jurídicos como una relación de consumo. Precisamente por ello, destacan los trabajos de ALONSO PÉREZ/CALDUCH GARGALLO, 2019 y de MATE SATUÉ, 2021. En cualquier caso, la posibilidad de que a la relación de servicios del abogado le resultara aplicable el régimen de la derogada LGCU de 1984 (sobre todo, en lo relativo al régimen de responsabilidad) ya fue apuntada en su momento por REGLERO CAMPOS, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2007, pp. 788-789.

⁴⁶ Así lo corrobora MATE SATUÉ, 2021, p. 35.

⁴⁷ Constatan esta realidad jurisprudencial, PARRA LUCÁN, 2011, pp. 227 y 229, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2011, p. 1905 y AZPARREN LUCAS, 2011, p. 1262.

Esta nueva forma de considerar el contrato de prestación de servicios jurídicos ha trascendido la jurisprudencia y ha sido recogida por las normas reguladoras de la profesión, que, pese a que no prevén ninguna mención expresa sobre la aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a la relación abogado-cliente, están comenzando a dar entrada a esta tendencia, aunque de momento de forma sutil.

Así, el vigente Código Deontológico de la Abogacía Española, que entró en vigor el 8 de mayo de 2019, tras reconocer la asimetría latente en esta relación contractual (art. 7.3.d *in fine*), contiene ciertas previsiones tuitivas al regular la publicidad (art. 6.5) y la oferta (art. 7.3.d) de los servicios jurídicos. De igual forma, el nuevo Estatuto General de la Abogacía, que entró en vigor el 1 de julio de 2021, regula expresamente un servicio de atención a los consumidores y usuarios a cargo de los colegios de abogados, que tramitará y resolverá cuantas quejas y reclamaciones referidas a la actividad colegial o de los colegiados se presenten por cualquier cliente que contrate los servicios profesionales de sus colegiados, así como por asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios en su representación o en defensa de sus intereses. Ambos textos imponen al abogado el deber de informar al cliente sobre el importe aproximado de los honorarios o de las bases para su determinación y sobre las consecuencias que puede tener una condena en costas (art. 12. B.2.b CDAE de 2019 y art. 49.4 EGA de 2021), en unos términos muy parecidos a los recogidos en el artículo 60 TRLGDCU.

Ahora bien, para que pueda declararse la presencia de una relación de consumo que le permitirá al cliente beneficiarse de la normativa tuitiva y protectora que ampara a los consumidores, será necesario comprobar que este reúne las características que exige el artículo 3 TRLGDCU. En primer lugar, tiene que tratarse de una persona física, jurídica sin ánimo de lucro o una entidad sin personalidad jurídica, que, además, no haya celebrado el contrato para usos relacionados con su actividad profesional⁴⁸. Por tanto, resulta esencial el uso privado del servicio jurídico contratado, de tal modo que este no se integre en un proceso de producción o comercialización, sino que tenga como destino la satisfacción de necesidades personales, familiares o domésticas⁴⁹.

⁴⁸ Han descartado la aplicación de la normativa tuitiva de los consumidores a la prestación de servicios jurídicos por integrarse esta en el proceso de producción de la empresa que contrató al profesional, entre otras, las SAP Barcelona 13 septiembre 2011 (JUR 2012,394661), SAP Madrid 15 enero 2015 (JUR 2015,72779), SAP Zaragoza 28 septiembre 2016 (JUR 2016,226872), SAP Salamanca 10 mayo 2017 (JUR 2007,161063) y SAP Vizcaya 22 febrero 2018 (JUR 2018,174474).

⁴⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, 2011, pp. 379 y 385.

Como se puede imaginar, los problemas se plantean cuando se desciende a la práctica, que ofrece numerosos supuestos en los que resulta complejo dilucidar si existe un uso privado del servicio o, por el contrario, se trata de un uso relacionado con la actividad profesional. Sirva como ejemplo la contratación de un abogado para reclamar en un procedimiento judicial el carácter improcedente del despido laboral del cliente. Probablemente, la no inserción del servicio contratado en un proceso de producción o comercialización sea lo que permita decantarnos por conceptuar esta concreta prestación de servicios como una relación de consumo⁵⁰.

En caso contrario (si el servicio jurídico contratado integra un proceso de producción o comercialización, *v. gr.*, cuando el cliente encomiende al letrado la redacción de unos estatutos sociales o de un contrato de arrendamiento de un local de negocio) deberá considerarse que este cliente se encuentra en igualdad de condiciones que el profesional y, en consecuencia, el contrato quedará sometido al régimen general del Código civil que, como es sabido, parte de la libertad e igualdad de los contratantes. Por tanto, la condición de empresario del cliente exigirá el total respeto a la libertad de pacto de las partes. Ello es debido a que nuestro legislador se ha decantado por no configurar una protección material específica para estos contratos, opción que ha sido cuestionada por voces relevantes de la doctrina, que consideran que también algunos adherentes no consumidores están necesitados de protección o tutela⁵¹.

Asimismo, para poder reclamar la existencia de una relación de consumo en este ámbito será necesario que la contraparte del cliente reúna la condición cualificada de empresario, que debe actuar «en el marco de su actividad empresarial o profesional» (art. 4 TRLGDCU). Este precepto maneja un concepto de empresario en sentido amplio, desvinculándose del concepto tradicionalmente estricto de empresario-comerciante del Código de Comercio, que excluiría, en lo que interesa a los efectos de este estudio, a los profesionales liberales⁵². La doctrina no duda ya de que los profesionales deben ser considerados empresarios⁵³, lo

⁵⁰ MATE SATUÉ, 2021, pp. 42-43 plantea otro supuesto dudoso: cuando el objeto del encargo sea la defensa en un proceso penal por un delito relacionado con la actividad profesional que pueda comportar una pena privativa de libertad o una sanción económica y, cumulativamente, la inhabilitación para el empleo, cargo u oficio. En tales circunstancias, la autora se decanta por atribuir al cliente la condición de consumidor.

⁵¹ Así lo admite MATO PACÍN, 2017, p. 27, quien demuestra en su estudio que no solo el adherente consumidor puede ser parte débil de la relación.

⁵² MATO PACÍN, 2017, p. 30.

⁵³ ALONSO PÉREZ/CALDUCH GARGALLO, 2019, p. 2 (según pdf). De igual forma, el considerando 29 de la trascendente STJUE 15 enero 2015 (TJUE 2015,5), incluye expresamente bajo el ámbito de aplicación de la directiva 93/13/CEE los numerosos contratos concluidos por los «clientes-consumidores» con personas que ejercen profesiones liberales.

que no impide que haya supuestos en los que el encaje en la condición de empresario resulte más discutible; ello sucederá cuando se realice la actividad prestacional al margen de la labor profesional habitual⁵⁴ (v. gr., cuando un graduado en Derecho que no se dedica profesionalmente a su ejercicio práctico asesore legalmente por razones familiares, de amistad o de buena vecindad, incluso aunque medie contraprestación económica⁵⁵) o cuando el profesional preste el servicio de manera amistosa a título gratuito⁵⁶.

La condición de empresario no requiere, no obstante, que el profesional se organice o asuma forma jurídica mercantil como sucede habitualmente con las grandes firmas de abogados, por lo que también pueden considerarse empresarios conforme al artículo 4 TRLGDCU a aquellos abogados que presten sus servicios de manera tradicional, esto es, que ejerzan de manera independiente y ajena a una estructura organizada⁵⁷.

Este reconocimiento al cliente que contrata los servicios del abogado o del despacho profesional de la condición de consumidor ha permitido a nuestros tribunales aplicar en el campo de la prestación de servicios jurídicos diversas medidas tuitivas recogidas en el Texto Refundido.

En ocasiones, mediante la aplicación de algunos de los mecanismos previstos en la mencionada reglamentación, nuestra jurisprudencia menor persigue reequilibrar la situación de inferioridad en la que se encuentra el cliente-consumidor respecto al profesional durante la fase precontractual en lo referido tanto a su capacidad de negociación, como al nivel de información. La existencia de este desnivel se justifica por la especial competencia técnica del deudor y la frecuente inexperiencia o falta de preparación técnica del acreedor. Esta necesidad de expandir la protección al cliente-consumidor durante la etapa preliminar, se traduce en este ámbito en la imposición al profesional de los deberes de información precontractual del artículo 60 TRLGDCU (fundamentalmente, la información relativa al precio del servicio, tan relevante para la adecuada formación del consentimiento del cliente) y en la correlativa integración del contrato contemplada en el artículo 65 TRLGDCU (en beneficio del consumidor y conforme al principio de buena fe objetiva).

La aplicación por parte de nuestros tribunales de los arts. 60 y 65 TRLGDCU para resolver los problemas derivados de la ausen-

⁵⁴ PARDO GATO, 2017, p. 138, exige cierta habitualidad en la prestación de los servicios para poder hablar de «profesional».

⁵⁵ FERNÁNDEZ, 2016, p. 2282.

⁵⁶ Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2011, p. 1909.

⁵⁷ PARRA LUCÁN, 2015, p. 2079.

cia de información sobre el precio implica un importante avance; basta un sucinto repaso jurisprudencial para constatar que, durante mucho tiempo, no se encontró inconveniente en que fuera el profesional quien, tras terminar de ejecutar la prestación encomendada, presentara la minuta al cliente calculada unilateralmente por él, sin haber informado a la contraparte previamente de su cuantía. Si bien es cierto que, en todos estos casos, el profesional suele ser quien se encuentra en mejor posición para fijar el precio del servicio (por ser quien conoce las circunstancias y particularidades que pueden influir en la cuantía de los honorarios), se trata de una práctica insólita a la que, sorprendentemente, pocas veces han puesto objeciones nuestros tribunales, pese a ser contraria a los arts. 1256 y 1449 CC⁵⁸. Solo en aquellos casos en los que el cliente no estuviera de acuerdo con los honorarios por considerarlos excesivos o inesperados, entraban los tribunales, previa solicitud de aquel, a revisar, moderar y, en definitiva, concretar el precio de mercado del servicio jurídico contratado.

Sin embargo, debido al carácter incipiente de esta tendencia que propone aplicar el derecho de consumo al sector de la prestación de servicios jurídicos y a que, además, no existe una amplia jurisprudencia consolidada sobre esta temática, algunas de las soluciones jurisprudenciales recaídas hasta la fecha resultan, a mi juicio, discutibles. Me refiero a todas aquellas sentencias de instancia que declaran el carácter abusivo de las estipulaciones relativas a la fijación del precio o de los honorarios, elemento esencial del contrato sobre el que, como admite un importante sector doctrinal⁵⁹, no se puede realizar un control de contenido o abusividad⁶⁰.

En realidad, en la mayoría de los supuestos en los que nuestra jurisprudencia menor aprecia abusividad en la determinación del precio u honorarios, la razón que justifica que las estipulaciones delimitadoras del precio no resulten vinculantes es, en realidad, el no haber superado los controles previos de inclusión/ incorporación y/ o el control de transparencia material⁶¹. Por ejemplo, no

⁵⁸ Constata esta paradoja, MATO PACÍN, 2017, p. 167. Excepcionalmente, la SAP Salamanca 19 junio 2017 (JUR 2017,215023) consideró contraria al artículo 1256 CC la fijación de honorarios de manera unilateral por el letrado tras la prestación del servicio, sin haber formalizado previamente hoja de encargo en la que concretara el importe de los honorarios que iba a cobrar.

⁵⁹ Parten de un concepto de abusividad desligado del control de transparencia material, por considerar que se trata de controles diferentes que se aplican a cláusulas distintas, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, *Rev. CESCO*, 2013, pp. 99, 100 y 105 y ALONSO PÉREZ/ CALDUCH GARGALLO, 2019, p. 7 (según pdf).

⁶⁰ Reconocen expresamente el carácter abusivo de la cláusula que fija los honorarios, entre otras, las SAP Zaragoza 11 mayo 2015 (JUR 2015,143883), SAP Barcelona 6 junio 2017 (JUR 2017,275973) y SAP Madrid 30 noviembre 2018 (JUR 2019,16556).

⁶¹ Consideran acertadamente que las cláusulas relativas al precio solo pueden ser sometidas a un control de transparencia, entre otras, las SAP Vizcaya 14 diciembre 2017

resultarán admisibles por no superar el control de inclusión los reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, como sucede frecuentemente en el sector de la abogacía, en el que, para la concreción de los honorarios, suele ser habitual el reenvío a las normas orientadoras del correspondiente colegio de abogados⁶². Esto es precisamente lo que sucedió, entre otros muchos, en los casos resueltos por la SAP Barcelona 8 marzo 2011 (JUR 2011,180420) y SAP Madrid 30 noviembre 2018 (JUR 2019,16556), pese a lo cual, el tribunal terminó apreciando la existencia de una cláusula abusiva.

En relación con la fase de formalización del contrato, han de destacarse igualmente ciertas resoluciones recaídas gracias a la flexibilización de las excesivas restricciones para la publicidad de los servicios jurídicos previstas tradicionalmente por las normas sectoriales. Estas sentencias destacan el influjo de la publicidad para integrar el contenido del contrato *ex* artículo 61 TRLGDCU, en los supuestos en los que la relación jurídica entre abogado y cliente pueda ser considerada una relación de consumo. En el ámbito de la prestación de servicios jurídicos, destacan aquellas manifestaciones publicitarias en las que, con el propósito de captar un mayor número de clientes, el profesional asume una obligación de resultado (*v. gr.*, la recuperación de todos los gastos hipotecarios), que no coincide con el reparto de riesgos contractuales previsto en la hoja de encargo profesional, en la que se especifica que el abogado o despacho asume, en realidad, una obligación de medios⁶³. Un debate parecido se suscitó en el caso resuelto por la SAP Barcelona 21 abril 2020 (AC 2020,1028), en el que el mensaje publicitario dejaba entrever que solo se cobrarían honorarios si se ganaba el caso, pero no en el supuesto de que la sentencia fuera desestimatoria⁶⁴.

(JUR 2018,69297), SAP Barcelona 25 abril 2017 (JUR 2017,288693) y la SAP Córdoba 28 mayo 2018 (JUR 2018,261239).

⁶² Recalca MATE SATUÉ, 2021, p. 125 la mayor dificultad para acceder a esta información sobre los criterios orientadores desde la Ley Omnibus, ya que los colegios solo permiten acceder a la información sobre los baremos a los abogados adscritos al mismo, retirándose la información que aparecía en la página web dirigida al público en general, por las sanciones impuestas a distintos Colegios Profesionales por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁶³ Véase MATE SATUÉ, 2021, p. 72.

⁶⁴ En este caso no quedaba claro los honorarios que debía abonar la clienta en el supuesto de que la demanda fuera desestimada. La clienta, perjudicada por un producto financiero que había contratado al abogado demandado para la defensa procesal de sus intereses, alegaba que los honorarios consistían tan solo en los 4.000 euros que entregó al principio, en concepto de provisión de fondos. El profesional pretendía que se calcularan conforme a otros criterios. Aunque el tribunal resolvió el caso de forma favorable a la consumidora, por considerar que había existido un defecto de información en cuanto al precio del servicio, no hay duda de que podría haber recurrido a la integración del contrato con el contenido publicitario, pues, como reconoce la propia sentencia, de la publicidad se infiere que, «*si bien existe una provisión de fondos inicial, "los abogados solo cobran sus hono-*

Junto a las sentencias anteriores, que analizan la fase de formación del contrato de servicios, nuestros tribunales tampoco han pasado por alto la proliferación en los últimos años de empresas y despachos de abogados que han comenzado a estandarizar los servicios jurídicos a través de contratos tipo de servicios legales. Hasta hace relativamente poco tiempo, dada la singularidad del ámbito en el que nos movemos, no resultaba usual que el abogado prerredactara y predispusiera el clausulado del contrato de prestación de servicios jurídicos, con la intención de incorporarlo a una pluralidad de contratos, como exige la definición de condición general de la contratación, consagrada por el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC). Las peculiaridades y particularidades de cada caso dificultaban la posibilidad de extrapolar este clausulado, con carácter genérico, a otras relaciones contractuales entabladas por el profesional del Derecho.

Sin embargo, la irrupción de una nueva modalidad de ejercicio de la abogacía está provocando un cambio del anterior escenario. Me refiero a la actividad de aquellos despachos que, tras una intensa campaña publicitaria, reciben una multitud de encargos de asuntos sustancialmente idénticos que pueden plantearse frente a un mismo demandado (*v. gr.*, litigios relativos a participaciones preferentes, cláusulas suelo, cancelaciones de vuelos, accidentes de tráfico, etc.). Esta nueva forma de ejercer la abogacía que resulta atractiva a los potenciales clientes por los honorarios *low cost*, solo será rentable si la contratación con el cliente se realiza electrónicamente a través de clausulados predispuestos con condiciones generales. En este nuevo contexto es donde nuestros tribunales han aplicado los diferentes filtros previstos para los contratos de adhesión (control de incorporación, control de transparencia reforzado, control de contenido), sancionando especialmente el uso de cláusulas abusivas que rompan el umbral de la justicia contractual.

De entre todas ellas, las cláusulas abusivas de más frecuente utilización en el sector de la prestación de servicios jurídicos —a juzgar por el elevado número de sentencias de instancia que se refieren a las mismas— y que, sin duda, han suscitado mayores problemas a nuestros tribunales, son aquellas que, a través de diversas fórmulas, limitan la facultad de desistimiento del cliente (por regla general, se trata de estipulaciones que, a modo de cláusula penal, prevén indemnizaciones excesivas para el caso de que el cliente

rarios si el pleito se gana”, “si el cliente recupera su dinero”, que “no se cobran los servicios en los supuestos en que no hay resultados positivos” o incluso que “si se pierde, nosotros decidimos no cobrar y correr con los gastos”».

decida poner fin de manera unilateral al contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo). La inclusión en el contrato de cláusulas accesorias que no atribuyan a ambas partes la facultad de desistimiento o que prevean indemnizaciones adicionales desmesuradas ha sido subsumida por nuestros tribunales de instancia en el supuesto de hecho de varias de las cláusulas de la lista negra recogida en el TRLGDCU⁶⁵. Sin embargo, considero que no es necesario recurrir al argumento de la abusividad para declarar su nulidad, ya que muchas de estas cláusulas podrían reputarse igualmente nulas por incumplir los términos imperativos del artículo 62.3 TRLGDCU⁶⁶.

Ahora bien, cuando el cliente del letrado no reúna la condición de consumidor, deberá reputarse válida cualquier cláusula penal o cuantía indemnizatoria en caso de desistimiento que hubiera sido prevista por las partes, por muy elevada o desmesurada que parezca, al encontrarnos en el ámbito propio de actuación de la libertad contractual.

El análisis de la jurisprudencia desvela que en los contratos de adhesión que vinculan al cliente con su abogado o despacho profesional a veces se insertan también otro tipo de estipulaciones, como sucede, por ejemplo, con aquellas cláusulas que imponen intereses moratorios desproporcionados en el caso de que el cliente se retrase en el pago de los honorarios derivados de la prestación del servicio⁶⁷.

Sin embargo, tras revisar los repertorios jurisprudenciales, resulta curioso constatar la inexistencia de sentencias recientes que analicen cláusulas como la examinada por la STS 6 abril 2021 (RJ 2021,1483), resolución en torno a la cual gira el presente comentario; me refiero, en concreto, a aquellas estipulaciones insertas en contratos tipo que prevén la exoneración o la limitación de la responsabilidad del profesional, que resultarán nulas al amparo del artículo 86 TRLGDCU, cuando el destinatario de los servi-

⁶⁵ Por ejemplo, la SAP Barcelona 29 abril 2019 (JUR 2019,144359) considera subsumible este tipo de cláusulas en el supuesto de hecho del artículo 85.6 TRLGDCU; por su parte, la SAP Salamanca 11 marzo 2013 (JUR 2013,136478) y SAP Barcelona 25 abril 2017 (JUR 2017,288693) consideraron abusiva una cláusula de este tipo *ex* artículo 87.6 TRLGDCU. La SAP Barcelona 14 diciembre 2015 (JUR 2016,14896) parece incluir la estipulación que analiza la cláusula relativa a la facultad de desistimiento del cliente en el artículo 87.6, en el 86.7 y en el genérico artículo 82.1 TRLGDCU.

⁶⁶ Proponen la aplicación a estos casos de la solución prevista en el artículo 62 TRLGDCU, ALONSO PÉREZ/CALDUCH GARGALLO, 2019, pp. 23-24 (según pdf) y CRESPO MORA, *RDC*, 2021, pp. 130 y ss.

⁶⁷ Sirva como ejemplo de cláusulas abusivas sobre intereses moratorios inserta en un contrato tipo de servicios jurídicos los casos resueltos por la SAP Valencia 13 octubre 2014 (JUR 2015,72653) –cláusula incluida en el contrato de reconocimiento de deuda suscrito entre abogado y cliente, en la que se preveía un interés moratorio del 10% mensual desde la fecha del vencimiento del plazo para el pago de la deuda, lo que implicaba un 120% anual– y la SAP Barcelona 14 diciembre 2015 (JUR 2016,14896) –cláusula que preveía unos intereses moratorios del 2% mensuales–.

cios sea un consumidor. Todo parece indicar que el contundente rechazo normativo, doctrinal y jurisprudencial hacia este tipo de cláusulas es lo que justifica su escasísima incidencia práctica, al menos en lo que se refiere a los contratos de prestación de servicios jurídicos⁶⁸. Este es otro dato que hace destacable a la resolución analizada, pues no he localizado ninguna otra sentencia (tampoco ninguna sentencia de instancia) que valore este tipo concreto de cláusulas⁶⁹.

La STS 6 abril 2021 (RJ 2021,1483) objeto del presente comentario, introduce un importante e interesante matiz, porque en nuestro caso no existía un condicionado general o un contrato tipo al que la consumidora se hubiera adherido, sino que el debate jurídico se planteó en torno a una única cláusula contractual, incorporada al contrato originario, pero cuyo carácter negociado no logró acreditar el profesional. La presente sentencia confirma que, cuando estamos valorando la posible abusividad de una cláusula, resulta indiferente que se encuentre o no incluida en un condicionado general. La única consecuencia de que la cláusula no forme parte de un condicionado general es que no se regirá por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Aunque la utilización de cláusulas no negociadas individualmente es infrecuente en otros sectores⁷⁰ –pues no hay que olvidar que se trata de cláusulas formuladas para un contrato único–, no sucede lo mismo en el ámbito del ejercicio de la abogacía⁷¹, ya que, como se ha señalado, las particularidades que suele presentar cada asunto encomendado al profesional impedirán en muchos casos estandarizar la contratación a través de un único modelo contractual tipo de prestación de servicios jurídicos, salvo en ciertos supuestos como el descrito anteriormente de despachos que atienden asuntos potencialmente masivos.

Además de las repercusiones jurídicas señaladas en páginas precedentes, la condición de consumidor del cliente que contrata los servicios profesionales de un letrado ha llevado a nuestros tribunales a aplicar en estos casos el principio de exigibilidad documental de la contratación consagrado en el artículo 63 TRLGDCU⁷².

⁶⁸ BELLO JANEIRO, RGD, 1993, pp. 631-632 reconoce igualmente la inusitada frecuencia de las declaraciones de exclusión o reducción de responsabilidad.

⁶⁹ MATE SATUÉ, 2021, p. 160, destaca igualmente que la STS 6 abril 2021 (RJ 2021, 1483) es la primera resolución en la que se examina este tipo de cláusulas.

⁷⁰ Según ALBIEZ DOHRMANN, 2004, p. 80, se trata de una categoría jurídica que no tiene relevancia en la jurisprudencia y con una escasísima presencia en la práctica contractual.

⁷¹ ALONSO PÉREZ/CALDUCH GARGALLO, 2019, p. 6 (según pdf) y MATE SATUÉ, 2021, p. 139.

⁷² Aplican el artículo 63 TRLGDCU en el ámbito de la prestación de servicios jurídicos cuando el cliente sea consumidor, entre otras, las SAP Córdoba 22 junio 2017 (AC 2017,1122), SAP Vizcaya 14 diciembre 2017 (JUR 2018,69297), SAP Madrid 25 julio 2018 (JUR 2018,279297) y SAP Málaga 21 septiembre 2018 (AC 2019,251). En la

Ahora bien, al igual que sucede con otras disposiciones del Texto Refundido, este precepto no parece estar concebido para ser aplicado a la prestación de servicios intelectuales, por lo que su uso en este ámbito requiere de ciertos ajustes.

El mencionado precepto impone al profesional o empresario la entrega al consumidor de recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación. La doctrina que ha analizado el precepto coincide en admitir que la función o finalidad del artículo 63 TRLGDCU es meramente probatoria; en consecuencia, incluso cuando el cliente del abogado reúna la condición de consumidor, el contrato de servicios se perfeccionará en el momento en que las partes emitan sus declaraciones de voluntad y aunque estas no consten por escrito, resultando viable la confirmación del contrato como un paso posterior a su celebración. Es más, ni siquiera el propio precepto obliga a reproducir o plasmar por escrito todo el contenido contractual, más allá de la confirmación documental de los elementos esenciales o, de acuerdo con el tenor literal de la norma, las «condiciones esenciales de la operación».

Estos son los principales ámbitos en los que se ha aplicado la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios al contrato de prestación de servicios prestados por los abogados. Por el contrario, de momento no se ha planteado en nuestros tribunales la posible extrapolación a la inejecución o insatisfactoria prestación de servicios profesionales jurídicos, del controvertido régimen de responsabilidad por servicios defectuosos regulado en el Libro III del Texto Refundido. Aunque no cabe duda de las ventajas que la aplicación de esta reglamentación comportaría para el cliente de servicios jurídicos, que podría beneficiarse del favorecedor mecanismo procesal previsto en el artículo 147 TRLGDCU –esto es, la inversión de la carga de la prueba de la culpa–, la mejor doctrina ha rechazado tal posibilidad⁷³, pues no hemos de olvidar que en las obligaciones de medios como la presente, la culpa no solo funciona como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad, sino también como elemento constitutivo del incumplimiento contractual. Según este destacado sector doctrinal, en los casos de cumplimientos defectuosos o incumplimientos que no causen daños en la persona o en otros bienes, el cliente tan solo contará con los meca-

doctrina, proponen expresamente la aplicación del artículo 63.1 TRLGDCU en el ámbito de los servicios jurídicos, ORTEGA REINOSO, *RCDI*, 2013, p. 3190, CRESPO MORA, 2020, pp. 245 y ss. y MATE SATUÉ, 2021, pp. 79-80.

⁷³ *Vid.*, en este sentido, PARRA LUCÁN, 2011, pp. 15 y 230, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2011, p. 1909, FERNÁNDEZ, 2016, p. 2295, CRESPO MORA, 2020, p. 255 y MATE SATUÉ, 2021, pp. 206-207. En contra, AZPARREN LUCAS, 2011, p. 1262.

nismos jurídicos civiles generales previstos para la prestación insatisfactoria del servicio, entre los que destaca la responsabilidad civil. La jurisprudencia menor ha rechazado igualmente la inversión de la carga de la prueba de la culpa en este ámbito⁷⁴.

Para concluir, solo resta por señalar que el análisis de la jurisprudencia pone en evidencia que este traslado de las diferentes medidas tuitivas insertas en el Texto Refundido al contrato de prestación de servicios jurídicos, aunque factible, ha exigido que la doctrina y la jurisprudencia realice ciertos ajustes, porque muchas de las normas previstas en aquel están pensadas para ser aplicadas a otro tipo de servicios diferentes a los prestados por profesionales.

V. SÍNTESIS CONCLUSIVA

En el caso que nos ocupa, no cabe duda de que la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones de responsabilidad contra el profesional había sido redactada previamente por el abogado, dato, por sí solo, del que no se puede deducir la predisposición o falta de negociación, pues, dadas las circunstancias, lo más razonable era que el letrado, por su especialización técnica, se encargara de su redacción. De ahí que la conclusión sobre si se trataba o no de una cláusula negociada dependiera en nuestro caso del segundo criterio enumerado por el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, esto es, la averiguación de si la consumidora, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, realmente pudo influir en el contenido de la cláusula o si, por el contrario, el profesional fijó el contenido antes de oírla y conocer lo que pensaba y, por tanto, la única opción que se le ofreció fue la de aceptarla o rechazarla.

El punto clave del que depende la solución del caso, radica, pues, en la determinación del carácter negociado o impuesto de la estipulación cuya validez se discute. La presente sentencia pone en evidencia las incuestionables dificultades que en muchas ocasiones habrán de superar los empresarios para acreditar la existencia de cualquier proceso de negociación, sobre todo en un ámbito como

⁷⁴ En relación con esta cuestión, no dejan lugar a dudas acerca de la posición jurisprudencial sobre el tema, los contundentes términos con los que se expresaron las SAP A Coruña 9 octubre 2009 (AC 2010,806), SAP A Coruña 31 mayo 2013 (JUR 2013,218992) y SAP A Coruña 1 abril 2016 (JUR 2016,88452): «No es de aplicación a este tipo de incumplimientos contractuales la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, ni la presunción de culpabilidad, la objetividad de la culpa o la responsabilidad por riesgo, por cuanto el ejercicio de la abogacía no constituye una actividad generadora de un riesgo anómalo».

es la prestación de los servicios jurídicos, en el que, debido a la relación de confianza subyacente, lo habitual es que estas negociaciones sean verbales y no se documenten.

Por ello, aunque el Tribunal Supremo evitó pronunciarse sobre la cuestión relativa a la responsabilidad del profesional y, en última instancia, sobre si existió o no incumplimiento contractual, considero que la determinación de este extremo hubiera contribuido sin duda a dilucidar si en el caso enjuiciado la clienta contó o no con la posibilidad de negociar la cláusula.

En páginas precedentes hemos descrito diversos escenarios en los que al letrado le hubiera resultado imputable el incumplimiento contractual. En estas hipótesis se multiplican las posibilidades de que la cláusula enjuiciada fuera impuesta por el profesional, pues es difícil comprender que el cliente estuviera dispuesto a negociar sobre la posibilidad de eximir de responsabilidad al profesional por un incumplimiento contractual que le resultaba imputable y ello sin recibir ningún tipo de compensación o contrapartida a cambio. Un acuerdo tan desfavorable tal vez solo pueda ser entendido desde la óptica de los vicios del consentimiento, pero estos presentan la desventaja de que han de ser alegados y probados por parte de quien los sufre, lo que no sucedió en el presente caso.

Pero es posible que la falta de interposición en plazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial no resultara imputable al abogado, sino que la causa de tal interposición extemporánea hubiera sido provocada por la propia clienta o se debiera a caso fortuito o fuerza mayor. En estos otros escenarios descritos igualmente en el presente trabajo, en los que no hay incumplimiento o aquel no es imputable al abogado, es donde, a mi juicio, resulta factible que la cláusula enjuiciada hubiera sido el resultado de una negociación de ambas partes. En la hipótesis de que la no interposición de la demanda en plazo no fuera imputable al profesional, resulta más que probable que el letrado se hubiera negado a interponer una acción que ya estaba prescrita, pues no cabe duda de que tal actuación provocaría la activación de una responsabilidad civil profesional inexistente hasta ese momento. Si tras informar adecuadamente a la clienta de las nulas posibilidades de éxito de su pretensión, esta insistiera en su propósito de interponer la demanda, la cláusula podría ser el resultado de una transacción, en la que lo obtenido por aquella fuera una prestación de hacer por parte del profesional a cuya ejecución, debido al alto riesgo latente de no satisfacer su interés primario, difícilmente hubiera accedido el profesional de no mediar la controver-

tida cláusula, que le garantizaba que únicamente respondería dentro de ciertos límites.

De haberse acreditado la existencia de tal negociación (lo que el abogado no hizo, razón por la que el Tribunal Supremo cambió la valoración de la instancia y consideró que se trataba de una cláusula predispuesta), el contenido del acuerdo no resultaría tan desequilibrado y, aunque lo fuera, debería ser respetado, salvo que no acatara los límites del artículo 1255 CC o que el consentimiento del cliente no se hubiera otorgado de forma libre y voluntaria. Como se ha demostrado con anterioridad, la cláusula respetaba los límites del artículo 1255 CC, pues no contravenía el tenor literal del artículo 1102 CC.

Lo que no se sabe es si medió o no vicio del consentimiento, circunstancia que no ha de descartarse pero que, desafortunadamente, no fue alegada por la demandante ni resultó acreditada con las pruebas practicadas en los autos, como reconoció expresamente la sentencia de la Audiencia Provincial. A mi juicio, fue la sospecha de la concurrencia de este vicio del consentimiento no alegado ni acreditado por la clienta lo que pudo llevar al Tribunal Supremo, en aras de satisfacer la justicia material del caso, a cambiar su valoración jurídica sobre la existencia de negociación, con un argumento –que la carga de probar este extremo recaía sobre el profesional–, que fue obviado por los tribunales de instancia, pese a que el precepto que impone al profesional esta carga probatoria ya estaba vigente cuando decidieron y se pronunciaron sobre el caso. No se puede ignorar que la caracterización de la cláusula como no negociada individualmente (y la consiguiente aplicación del control de contenido o abusividad) presenta la sobresaliente ventaja, frente a los vicios del consentimiento, de que el carácter impuesto o no negociado de la estipulación no ha de ser probado por el consumidor.

Si realmente al abogado no le resultaba imputable la extemporánea interposición de la acción –extremo que desconocemos–, es probable que propusiera esta cláusula con carácter preventivo para protegerse de futuras demandas de responsabilidad. Si, pese a las advertencias del profesional, la clienta decidió asumir el riesgo e incoar el proceso, el profesional no acertó al redactar el contenido de la estipulación, pues corría el riesgo de que, en caso de que se apreciara su carácter negociado resultara anulable por la concurrencia de un vicio del consentimiento, o en el supuesto contrario, es decir, de sostenerse su imposición y la falta de negociación, pudiera ser declarada abusiva, como finalmente aconteció.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, 2004, pp. 75-95.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, pp. 53-70.
- «Cláusulas negociadas individualmente vs condiciones generales o predispuestas», disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2012/11/clausulas-negociadas-individualmente-vs.html>.
- ALONSO PÉREZ, M. Teresa / CALDUCH GARGALLO, Manuel: «La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos», 2019, disponible en <https://icace.org/joomla/images/pdf/PremioMO2019.pdf>.
- AZPARREN LUCAS, Agustín: «Comentario al artículo 147 TRLGDCU», en *Comentario a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Cámara Lapuente, Colex, 2011, Madrid, pp. 1260-1269.
- BELLO JANEIRO, Domingo: «Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *Revista General de Derecho*, núm. 585, 1993, pp. 627-664.
- BOZZO HAURI, Sebastián / RUZ LÁRTIGA, Gonzalo: «El deber precontractual de información del abogado», *Revista Ius et Praxis*, año 25, núm. 1, 2019, pp. 49-88.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés-Penadés*, coord. Blasco, Clemente, Orduña *et al.*, Tomo I, Valencia, 2011, pp. 377-399.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo. No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, 2013, pp. 98-115.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto: «El deber de información contractual y sus límites», *Revista de Derecho Privado*, núm. 21, julio-diciembre 2011, pp. 327-350.
- CRESPO MORA, M. Carmen: *La prestación de servicios jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2020.
- «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor. Comentario a la STS 24 febrero 2020 (RJ 2020, 486)», *Indret*, 2020/4.
- «La protección del consumidor de servicios jurídicos», *Revista de Derecho civil*, vol. VIII, núm. 1, 2021, pp. 93-145.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español», *Revista Fueyo Laneri*, 2005, pp. 33-80.
- FERNÁNDEZ, M. Eugenia: «Capítulo II: La responsabilidad del prestador de servicios», en *Derecho de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, dir. De León Arce, coord. L. M. García, vol. 2, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, pp. 2275-2316.
- FUERTES-PLANAS ALEIX, Cristina: «Principios deontológicos de los abogados», en *Principios del Derecho I*, edit. Hoyo Sierra y Sánchez de la Torre, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 367-419.

- JORDANO FRAGA, Francisco: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Comentario a los artículos 1583 a 1587 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. Albaladejo, tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 1-169.
- MACANÁS, Gabriel: «La renuncia del abogado en el contrato de servicios: incumplimiento contractual e irrelevancia procesal», *Indret*, 2015, núm. 3.
- MATE SATUÉ, Loreto Carmen: *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos*, Reus, Madrid, 2021.
- MATO PACÍN, María Natalia: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, 2017.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso: «Responsabilidad de abogados y procuradores», *Practicum. Daños*, coord. Soler Presas y Del Olmo García, Thomson-Reuters, 2017, pp. 529-542.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «Despachos de abogados, sociedades profesionales, socios, colaboradores, auxiliares, sustitutos... ¿quién responde?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013, pp. 3153-3192.
- «Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 34, septiembre 2014, pp. 1-43.
- PARDO GATO, José Ricardo: *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2017.
- PARRA LUCÁN, M. Ángeles: *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.
- «Comentario al artículo 147 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [Real Decreto Legislativo 1/2007]*, Coord. R. Bercovitz, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 2067-2099.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Capítulo II. Daños causados por otros bienes y servicios», en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dir. Rebollo Puig/ Izquierdo Carrasco, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1905-1951.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando: «La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007, pp. 785-814.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español», *Revista Justicia y Derecho*, vol. 2, núm. 2, 2019, pp. 81-100.
- ZAMPROGNA MATIELLO, Fabricio: *Responsabilidad civil del abogado conforme a la naturaleza de la prestación y de la relación jurídica. Una perspectiva comparada*, ed. Universidad de Granada, 2012.

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Cristina ARGELICH COMELLES (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Brian BUCHHALTER MONTERO (Estudiante de posgrado. Universidad Internacional de La Rioja), Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABA (Profesor ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Doctoranda. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor ayudante doctor 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. Abusividad en servicios de apuestas deportivas.—La Orden EHA/3080/2011, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevé la posibilidad de que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores. Dichas reglas particulares vertidas en el condicionado general del contrato no solamente deben ajustarse a esta Orden, sino que, además, pueden ser susceptibles de un control de abusividad. El artículo 13.6 de esa norma contempla unas garantías mínimas que deben respetarse en relación con las consecuencias de la anulación de apuestas por los operadores, en aplicación de las reglas particulares, y en concreto que el dinero apostado sea reintegrado íntegramente y sin coste alguno al jugador. En este caso, la abusividad no está en que se incluya esta posibilidad en el clausulado del contrato, sino en la forma en que esté redactada. Si la posibilidad de anular la apuesta, una vez formalizada, por parte del operador está contemplada de una manera excesivamente amplia, que le confiere a éste una arbitrariedad tan grande que queda a su discrecionalidad el cumplimiento del contrato, entonces podría hablarse de una cláusula abusiva.

La doctrina del abuso del derecho.—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Para apreciar el abuso del derecho, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2) un daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar) o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). Cuando el daño deriva del ejercicio de un derecho estatutario, el abuso puede invocarse para privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio, y no tanto para instar una indemnización. (**STS de 11 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—CI es una empresa que gestiona apuestas por internet relacionadas con eventos deportivos. Entre el día 4 y el 8 de diciembre de 2014, PO realizó 78 apuestas, por un importe total de caso 685 euros y por las que ganó casi 2.800.000 euros. CI 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 PO. Éste interpuso una demanda por incumplimiento contractual, en la que exigía a CI el abono del importe del premio.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo correctamente aplicada por CI la cláusula de las condiciones generales del contrato que le permitía invalidar las apuestas por errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto. La sentencia fue recurrida en apelación por el actor. La Audiencia estimó el recurso, entendiendo abusivas las condiciones genera-

les incluidas en el artículo 6 del contrato (permitía invalidar la apuesta, concluido el evento, por errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto) y en el artículo 19 (que señala como causa de resolución automática del contrato cualquier incumplimiento por parte del usuario). Las calificó de abusivas por desconocer el principio de reciprocidad contractual, condenando a la demandada a abonar el premio.

Frente a dicha sentencia, CI interpuso recurso de casación. En primer lugar, alega que no procedía declarar la abusividad de estas cláusulas por razón de su contenido porque eran esenciales del contrato y respecto de ellas sólo cabía los controles de incorporación y transparencia, que en este caso se cumplían. El Tribunal Supremo desestima este motivo. Explica que se trata de dos cláusulas que no definen el objeto principal del contrato de apuesta ni regulan sus elementos esenciales, sino que habilitan a una de las partes, el predisponente, para, después de haberse concertado las apuestas y, en consecuencia, el contrato, invalidarlo unilateralmente o resolverlo.

En segundo lugar, el recurrente considera que el artículo 15.2.b) Ley 13/2011, de regulación del juego, y el artículo 13.6 Orden EHA/3080/2011, por la que se desarrolla la reglamentación básica de las apuestas deportivas, impiden declarar abusivas aquellas cláusulas que recojan previsiones reguladas en una disposición de carácter general y que resulten aplicables a los contratantes. Dichas normas reconocen expresamente la facultad del empresario de anular apuestas y resolver el contrato de apuesta en caso de que se produzca un incumplimiento de la ley, de la orden ministerial, del contrato o de las reglas particulares. El Tribunal Supremo entiende que, el hecho de que la normativa administrativa, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevea que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores, no significa que éstas no puedan ser susceptibles de un control de abusividad. Apunta el Tribunal Supremo que, cuando los tribunales analizaron la abusividad de las cláusulas litigiosas, no infringieron la citada normativa, por lo que desestima también este motivo.

En tercer lugar, se alega que la sentencia recurrida declaró la nulidad de la cláusula 6 por falta de reciprocidad, realizando una interpretación de los artículos 82.4.a) y c), 85.3, 85.4, 85.7, 87.3 y 89.2 TRLGDCU contraria a la realidad social actual y al contexto en el que están insertadas las referidas cláusulas. El Tribunal Supremo desestima igualmente este motivo. A su juicio, dicha cláusula está redactada de una manera tan amplia, que confiere una arbitrariedad muy grande a la empresa en su ejecución, lo que permite en la práctica que quede al arbitrio de la empresa de apuestas el cumplimiento del contrato. Además, señala el Tribunal Supremo que deberían objetivarse un poco más las razones de la anulación, pues están formuladas en términos demasiado genéricos, que no impiden un uso arbitrario de ellas. De ahí su carácter abusivo.

Finalmente, el recurrido sostiene que la conducta de PO supone un abuso de derecho respecto del contrato de juego suscrito con la empresa de apuestas y que actuó de mala fe, al realizar las apuestas

reclamadas con la intención de aprovechar un error informático. Según el Tribunal Supremo, esa conducta desarrollada por PO no constituye un acto contrario a la buena fe ni un abuso de derecho. Es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuesta, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa de apuestas. Lo realmente relevante, apunta, es el volumen de apuestas realizadas (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. El actor se percató del error de cálculo realizado por la empresa y efectuó un alto número de apuestas, desvirtuándose así la aleatoriedad típica de este tipo de contrato (art. 1790 CC), al ser la probabilidad de acierto de aproximadamente un 90%. Conforme al Alto Tribunal, son estas circunstancias las que, a tenor del artículo 7.2 CC, contribuyen a que la actuación de PO sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Por ello, termina estimando el recurso de la empresa demandada, confirmando así la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Sobre el control de abusividad y el control de transparencia, *vid.* las SSTS de 24 de marzo y 29 de abril de 2015. Respecto a la doctrina del abuso del derecho, *vid.* las SSTS de 16 de mayo de 2001, 1 de febrero de 2006, 18 de mayo de 2005, 10 de noviembre de 2010, 21 de noviembre de 2012 y 3 de abril de 2014. (S. L. M.)

2. Responsabilidad extracontractual. Actuaciones penales.

Comienzo del plazo de prescripción de la acción civil: teoría de la *actio nata*.—El día inicial para el ejercicio de la acción civil, de acuerdo con el artículo 1969 CC, es aquel en que puede ejercitarse, según el principio siguiente: *la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir* (SSTS 6/2015, de 13 de enero; 279/2020, de 10 de junio, y 326/2020, de 22 de junio, entre otras muchas). Este principio exige, para que comience a correr la prescripción en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

La tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del plazo de prescripción extintiva de la acción civil.—Esta doctrina resulta de los artículos 111 y 114 LECrim, en relación con el artículo 1969 CC, al constituir un impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil (SSTS 398/2017, de 27 de junio, del Pleno; 416/2018, de 3 de julio, y 339/2020, de 23 de junio, entre otras muchas).

En los procedimientos civiles sobre responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse.—A tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim. y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil (SSTS 398/2017, de 27 de junio, del Pleno; y 339/2020, de 23 de junio, entre otras).

Ejercicio de la acción penal con reserva de las acciones civiles: plazo de prescripción de estas últimas.—En relación con las actuaciones penales en las que el perjudicado se hubiera reservado las acciones civiles para ejercitarlas separadamente, el plazo de prescripción de la acción civil no comienza a correr hasta la notificación al perjudicado de la resolución que ponga fin al proceso penal (SSTS de 19 de julio de 2007, 15 de diciembre de 2010 y 21 de enero de 2014, entre otras).

La acción penal, con sus posibles efectos en el orden civil, supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los Tribunales.—Por este motivo interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 CC, al tiempo que el artículo 114 LECrim impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho (SSTS 112/2015, de 3 de marzo, 185/2016, de 18 de marzo, y 440/2017, de 17 de julio).

Las actuaciones penales dirigidas contra personas indeterminadas e incluso distintas de aquella contra quien se esgrime la acción civil impiden la prescripción de esta última.—Dado que los impedimentos que suponen los artículos 111 y 114 LECrim, en cuanto a la iniciación de un proceso civil, no derivan de la coincidencia de los elementos personales intervinientes en ambos procesos sino en atención a la identidad de los hechos susceptibles de enjuiciamiento en los dos órdenes jurisdiccionales (SSTS de 30 de septiembre de 1993, 7 de diciembre de 2000). Las SSTS de 12 de abril de 2004 y 13 de enero de 2015 sostienen, en este sentido, que el plazo de un año de prescripción extintiva de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.968.2 CC, cuando existe un proceso penal, no se inicia hasta que éste ha terminado, puesto que mientras esté subsistente, cualesquiera que sean las personas implicadas, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas, ni contra otras distintas.

La prescripción extintiva en la solidaridad impropia.—En los casos de solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción civil con respecto a uno de los deudores solidarios no afecta a los otros, salvo aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción (SSTS de Pleno de 14 de mayo de 2003, 25 de noviembre de 2016, 14 de marzo de 2019 y 15 de enero de 2020). **(STS de 22 de febrero de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora viajaba como pasajera en un tranvía de la ciudad de Alicante, que se vio involucrado en un siniestro de tráfico, al colisionar contra un automóvil asegurado por Generali España, S.A. A causa de las lesiones sufridas en dicho siniestro, la actora presentó denuncia penal contra el conductor del tranvía, Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana, Mapfre y cualquier otra persona que resultase responsable. El procedimiento penal fue archivado. Posteriormente, la pasajera lesionada interpuso demanda contra la aseguradora en reclamación de 8.773,06 euros.

Los hechos se dieron el 14-06-2014, el alta médica el 16-09-2014, la denuncia penal fue el 28-09-2014, que dio lugar al juicio penal que se archivó el 27-11-2015, se formuló reclamación extrajudicial a la demandada el 29-12-2015 y la demanda se presentó el 3 de junio de 2016, por consiguiente, dentro del plazo del año del artículo 1968 CC.

El juzgado desestimó la demanda, al apreciar la excepción de falta de legitimación activa por considerar que no se había acreditado que la actora viajara en el tranvía. La Audiencia, sin embargo, consideró acreditado que la actora viajaba en el tranvía, pero acogió la excepción de prescripción del plazo de un año opuesta por la aseguradora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación presentado por la actora, al estimar que no había transcurrido el plazo de prescripción extintiva, con devolución de las actuaciones para que la audiencia se pronunciase sobre las cuestiones objeto de debate. (I. D.-L.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Dimensión constitucional y dimensión económica del derecho a la propia imagen.—El derecho a la propia imagen tiene dos dimensiones: la constitucional y la económica. La dimensión constitucional está ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. El derecho garantizado en el artículo 18.1 CE, por su carácter personalísimo, limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. De aquí deriva su regulación por ley orgánica, respetando a su contenido esencial, el recurso de amparo y su tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

La dimensión económica permite negociar con la propia imagen y se refiere a la protección de sus valores económicos, patrimoniales o comerciales, que afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad (ej.: los artistas profesionales del espectáculo). Aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE. Cuando alguien autoriza el uso de su imagen a través del correspondiente contrato, cabe también su revocación, pues el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. En esos casos de cesión voluntaria de la imagen, el régimen de los efectos de la revocación deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio. Corresponderá a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales supuestos. En cualquier caso, los intereses económicos no pueden ser acogidos en un procedimiento sobre la protección civil del derecho a la propia imagen, sino que la víctima tiene que acudir a un procedimiento ordinario por incumplimiento contractual. (STS de 9 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Se trata de determinar si el uso consentido de la imagen de una modelo para una campaña, en el caso de exceder dicha utilización pactada, constituye una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen o si, por el contrario, mediando consentimiento, la explotación comercial o publicitaria de la imagen tiene un contenido meramente patrimonial que, aunque goza de protección, no es la dispensada por el ordenamiento a los derechos

de la personalidad. SO interpuso demanda por la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Alegó que su agente acordó con la empresa de publicidad DI una sesión de trabajo publicitario para un determinado producto y que dicho acuerdo no fue respetado, pues que su imagen siguió utilizándose tras la fecha pactada. Las demandadas se opusieron a la demanda, negando que hubiera transcurrido el plazo de cesión del derecho a la propia imagen, ya que ésta estaba circunscrita a una campaña publicitaria concreta. En la factura se especificaba que la cesión de derechos de imagen era por un año desde la primera publicación.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, basándose en que quedaba constatado el consentimiento inicial de la demandante y en que las discrepancias sobre la fecha de finalización de la campaña había que resolverlas en un procedimiento sobre incumplimiento contractual y no en un procedimiento sobre intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, caracterizado por las notas de preferencia y sumariedad. A la misma conclusión llegó la Audiencia Provincial.

La actora interpuso recurso de casación, insistiendo en la intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen por haberla utilizado fuera del contexto del contrato, y las demandadas se opusieron al mismo, reiterando que no se trataba de defender un derecho fundamental, sino que la reclamación debió articularse por incumplimiento contractual, al constituir una reclamación puramente patrimonial. El Tribunal Supremo señala que en los supuestos en los que la persona cede la explotación de su derecho a la propia imagen en virtud de un contrato y con fines publicitarios, además de estar a lo dispuesto en la LO 1/1982, habrá que acudir al contenido del contrato y a su interpretación. Cuando media consentimiento para la cesión de la imagen y lo que se discute es lo que correspondería cobrar de más al cedente en atención a un uso que se considera que excede de lo acordado, la cuestión no está relacionada con la vulneración de un derecho de la personalidad, sino con la contraprestación que tiene derecho a recibir o a la indemnización por incumplimiento de contrato, aspecto puramente económico de la explotación de los derechos de imagen cedidos que es ajeno a la tutela de los derechos fundamentales. Según el Alto Tribunal, dados los términos del contrato, no se puede entender que se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora. De ahí que acabe desestimando el recurso.

NOTA.—La distinción entre el derecho fundamental y su vertiente o contenido meramente patrimonial ha sido acogida por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Así, *vid.* las SSTC 117/1994, 81/2001, 231/1988 y 99/1994, y las SSTS de 20 de abril de 2001, 22 de julio de 2008, 26 de febrero de 2009 y 21 de abril de 2016, entre otras. Sobre exclusividad de cada persona a decidir la explotación económica de su imagen, *vid.* las SSTS de 9 de mayo de 1988, 1 de abril de 2003, 22 de enero de 2004, 8 de mayo de 2014 y 21 de abril de 2016. (*S. L. M.*)

4. Infracción del derecho al honor a través de Internet.—El Tribunal Supremo concluye que la publicación en una página web de unas manifestaciones constitutivas de una intromisión ilegítima en el derecho al honor provoca un daño permanente, por lo que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de protección de este derecho es el de la publicación en Internet. No aplica en estos casos la doctrina planteada en casos de mantenimiento indebido de datos personales en ficheros de morosos. En estos supuestos, estamos ante un fichero destinado a la consulta y al intercambio de datos entre el responsable del mismo y las empresas asociadas, que lo consultan periódicamente, lo que da lugar a un daño continuado. **(STS de 2 de marzo de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Los días 6 y 7 de mayo de 2004, se publicaron en un foro de Internet varios textos referidos a AR. El 8 de septiembre de 2014, éste interpuso una demanda por infracción de su derecho al honor profesional, conforme a los artículos 1, 2, 7.7 y 9 LO 1/1982, contra AL y BE, participantes identificados en ese foro, y contra AG, administrador de la página web donde estaba ubicado el foro, por considerar que las frases expresadas en él atentaban contra su honor y prestigio personal y profesional. Solicita: a) la declaración de la intromisión ilegítima; b) el abono de una indemnización; c) la imposición a los demandados de la prohibición de difundir de nuevo y por cualquier medio o soporte aquellos insultos; d) la difusión de la sentencia estimatoria.

El Juzgado de Primera Instancia consideró caducadas las acciones ejercitadas, pues la demanda se interpuso cuando habían transcurrido más de cuatro años desde que se publicaron las manifestaciones objeto de la demanda.

El actor recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso. Declaró que las acciones no estaban caducadas, puesto que entendió que se trataba de daños continuados y que, conforme a la jurisprudencia sobre intromisión al honor por inclusión indebida en ficheros de morosos, el plazo de caducidad de la acción no se iniciaba mientras perdurara la publicación del texto en Internet. Condenó a los demandados al pago de una indemnización, pero en una cuantía mucho más reducida que la solicitada por el actor.

Tanto el demandante como los demandados interpusieron recursos de casación. Los demandados basaron su recurso en la caducidad de la acción. A su juicio, el *dies a quo* para el cómputo de la caducidad para el ejercicio de la acción de tutela del derecho al honor, respecto de un comentario publicado en Internet, debe situarse en su fecha de publicación. El Tribunal Supremo estima los recursos de los demandados, al entender que no estamos ante un daño continuado, sino permanente, por lo que se entiende caducada la acción ejercitada por el actor, ya que el *dies a quo* se computa desde el momento de la publicación en Internet de las declaraciones ofensivas para el honor.

NOTA.—Sobre daños producidos por el mantenimiento indebido de datos personales en ficheros de morosos, *vid.* la STS de 10 de junio de 2020. (S. L. M.)

5. Protección del honor e intimidad en los programas de crónica social o prensa rosa. Protección de la memoria de un difunto.—En el contexto de programas de crónica social o prensa rosa, de discusión cruzada, propiciada por desencuentros anteriores, que tienen como marco tertulias o prensa rosa y los usos relacionados con ello, con un debate dirigido a polemizar y provocar, la emisión de expresiones duras y excesivas pueden quedar amparadas por la libertad de expresión, aunque sean de mal gusto, ordinarias o soeces, cuando se hace uso del *animus retorquendi*, replicando de forma activa en el contexto del debate suscitado. Y ello con más motivo cuando la persona en cuestión ha realizado autoexposición pública respecto de sus avatares personales y profesionales.

En este contexto, predomina la libertad de expresión y los aspectos valorativos en el marco de unos programas frívolos de espectáculo y entretenimiento.

Por otra parte, si la ley reconoce la legitimación para la defensa de la memoria de una persona fallecida a determinados familiares es también exigible a quien actúa como guardián de la memoria del causante una conducta clara y tajante que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto.

En última instancia porque, como resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional, con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o el recuerdo por parte de sus allegados, y su contenido y la intensidad de su protección no son los mismos que en el caso de las personas vivas. De ahí la relevancia del comportamiento observado por quien ejercita la acción invocando los derechos de la personalidad de una persona fallecida. **(STS de 16 de marzo de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Virginia e Isabel, hermanas entre sí, interponen demanda de juicio ordinario sobre tutela del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de su hermana fallecida, Bárbara, contra la entidad Mediaset España, por unas declaraciones emitidas en varios programas de televisión relativas a la salud, adicciones y vida sentimental de la fallecida. La demanda es desestimada, dado que Bárbara intervino en programas de la demandada exponiendo datos de su vida privada y profesional como objeto de crónica social, de modo que ella misma había establecido los límites de su derecho a la intimidad.

Virginia e Isabel recurren en apelación. El recurso es desestimado. La Audiencia, en su juicio de ponderación de derechos, consideró que, a pesar de proferirse expresiones de consumos excesivos de determinadas sustancias, no se afirmaba nada inveraz, inventado o carente de constatación. Además, Bárbara compareció en programas televisivos exponiendo aspectos de su vida, lo que añade un plus de interés informativo sobre sus últimos tiempos, incluidas las circunstancias de su fallecimiento.

Virginia e Isabel interponen recurso de casación. El recurso es desestimado por prevalecer en este contexto la libertad de expresión frente al honor e intimidad de una persona que, *motu proprio*, hizo públicos aspectos de su vida profesional y personal con objeto de crónica social. (T. R. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Contratos con causa ilícita.—La cuestión fundamental que debe decidirse en este recurso consiste en si tiene causa ilícita un préstamo hipotecario solicitado por el «administrador único de facto» de la entidad prestataria para blanquear el dinero procedente del tráfico de drogas, cuando una sentencia penal declara que quienes intervinieron en representación de la persona jurídica prestamista actuaron imprudentemente pues «incumplieron los deberes propios de su cargo». Según el Tribunal Supremo, no es apreciable la ilicitud de la causa del contrato cuando la finalidad ilícita es buscada por una sola de las partes y en la otra parte solo concurre una conducta imprudente que posibilita esa finalidad ilícita pero no la persigue ni la consiente. La diligencia debida, por más que suponga una imprudencia grave, no supone que el blanqueo de capitales fuera el propósito común de ambas partes al concertar el contrato, pues no implica que quienes actuaron imprudentemente tuvieran como propósito participar en la operación de blanqueo de capitales, ni que la conocieran y pese a ello consintieran en contratar. Al no concurrir un propósito común (o querido por una parte y consentido por la otra) de cometer un delito mediante la celebración del contrato de préstamo hipotecario, no puede afirmarse que el propósito delictivo de una de las partes quedara incorporado al contrato y que este tenga causa ilícita y, por tanto, sea nulo y releve al prestatario de la obligación de reintegrarlo al prestamista. (STS de 23 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una mercantil compró un inmueble en el que se ubicaba el negocio denominado «Club Oasis» y, para financiar dicha compra, suscribió con el Banco Popular una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. En la operación de préstamo, el Banco Popular actuó por medio de sus apoderados. La mercantil fue declarada en concurso, y el Banco Popular tuvo reconocido un crédito por importe del crédito hipotecario suscrito con la concursada, que aparece una parte como crédito con privilegio especial y el resto como crédito subordinado. Estando abierto el proceso concursal, la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que declaró que la compra del «Club Oasis» fue una operación de blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico, y que la suscripción del préstamo hipotecario fue parte de dicha operación de blanqueo de capitales. La Audiencia Nacional condenó al administrador de la mercantil como autor de un delito de blanqueo de capitales. Asimismo, condenó a los apoderados del Banco como autores cada uno de ellos de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia, porque «incumplieron los deberes propios de su cargo».

La administración concursal interpuso una demanda pidiendo de manera principal la eliminación del crédito que ostentaba el Banco Popular en el concurso. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

Recurrida en apelación por el Banco la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial estima el recurso. La administración concursal interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

7. Nulidad parcial de contrato de préstamo por error vicio del consentimiento: imposibilidad por afectar a cláusulas relativas a derivado financiero que determinan el interés aplicable, parte inescindible e inseparable del contrato.—Cuando el derivado financiero implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, el incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera no puede justificar la nulidad parcial del contrato por error en el consentimiento, sino, en su caso, la de todo él. El derivado implícito forma parte inescindible del préstamo si es utilizado para fijar el interés pactado, elemento esencial del contrato, por lo que no cabe su nulidad parcial mediante la supresión del derivado y su integración con un interés variable referenciado al Euríbor sin diferencial (STS 4/2019, de 9 de enero, que cita las SSTS 450/2016, de 1 de julio, y 66/2017, de 2 de febrero). (STS de 17 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una mercantil interpuso demanda frente a una entidad bancaria solicitando la declaración de nulidad por error de las cláusulas relativas al derivado financiero implícito en un contrato de préstamo, que determinaba los intereses aplicables, así como de una cláusula que regulaba el coste de cancelación anticipada del contrato. En primera instancia la demanda fue estimada íntegramente. La Audiencia Provincial revocó parcialmente el pronunciamiento, pues mantuvo la nulidad por error de las cláusulas que describían al derivado implícito como condición esencial y fijaban la penalización por cancelación anticipada del préstamo; y en cambio, no consideró nula la cláusula de determinación de los intereses al no apreciar error. La entidad bancaria recurrió en casación amparándose en la infracción de los artículos 1266 y 1256 CC, alegando que no debía declarar la nulidad parcial de un contrato de préstamo hipotecario, por error vicio del consentimiento sobre cláusulas relativas a la penalización y liquidación en caso de cancelación anticipada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia reitera la doctrina según la cual no cabe declarar la nulidad parcial de un contrato de préstamo por error en el consentimiento sobre un derivado implícito que es parte inescindible e inseparable de aquel negocio. La STS 789/2021, de 16 de noviembre, apreció error en un derivado implícito que afectaba solo a la comisión por cancelación anticipada, no así a los intereses, por lo que, al no constituir el derivado parte inescindible del contrato del préstamo, este pronunciamiento no contradice la doctrina referida. (F. S. N.)

8. Dolo como vicio del consentimiento prestado por un cofiador en un aval solidario. Sujetos activo y pasivo.—El efecto invalidante del dolo, como vicio del consentimiento, se produce dentro del ámbito de las relaciones obligacionales entre el contratante del que procede el dolo y el contratante que lo padece, sin llegar a contaminar el vínculo obligacional, principal o accesorio, del que no forme parte ningún contratante al que quepa imputar la conducta dolosa. A diferencia de lo que sucede en los casos de otros vicios del consentimiento (art. 1268 CC), el dolo para provocar un efecto anulatorio del contrato debe proceder de «uno de los contratantes» (art. 1269 CC). En el

caso de una fianza solidaria, existe dolo invalidante del consentimiento de uno de los cofiadores, cuando el dolo es imputable al prestatario, así como al otro cofiador. En ese caso, el dolo no procede de terceros, sino de partes contratantes. Es decir, cabe apreciar dolo invalidante del consentimiento de un cofiador cuando dolo se ubica tanto (i) en la relación el cofiador y la prestataria; o (ii) en la relación interna que vincula a los cofiadores entre sí. Sin embargo, no cabe apreciar dolo del acreedor en la relación entre el cofiador y la prestamista, pues en ese caso el dolo procedería de un tercero ajeno a la relación y no de uno de los contratantes. **(STS de 3 de marzo de 2021;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Ante la situación cercana a la insolvencia en que se encontraba, el consejo de administración de la sociedad BSC acordó, el 28 de febrero de 2013, por unanimidad la formalización de préstamo participativo a otorgar por la sociedad SRP por importe de 1,5 millones de euros. Dicho préstamo se elevó a escritura pública el 6 de marzo de 2013. A la escritura de préstamo participativo se acompañó un balance de la situación contable de BSC en el que se hacía constar que la información contenida era correcta y veraz. El 8 de abril de 2013, BSC presentó ante el juzgado la comunicación de situación cercana a la insolvencia prevista en el artículo 5 bis LC 2003, advirtiéndose la imposibilidad de la sociedad de cumplir con sus obligaciones ordinarias, incluido el préstamo participativo. El 26 de junio de 2013 el juzgado declaró a BSC en concurso de acreedores. Esta situación determinó que la sociedad IBERSA —avalista solidaria del préstamo participativo— reconociese la deuda frente a SRP y acordara el pago fraccionado. El otro avalista solidario del préstamo participativo era Arcadio, titular de un 25% del capital social en el momento de la concesión del préstamo. En ejercicio de la acción de repetición prevista en el artículo 1145 CC, IBERSA solicitó la condena de aquél al pago de la cantidad de 43.750 euros, así como de las prestaciones futuras que se devengasen de acuerdo con los pagos que vaya realizando por las obligaciones derivadas del aval. Arcadio contestó a la demanda, solicitando su desestimación y, a su vez, planteó una demanda reconventional contra IBERSA, SRL y el resto de los accionistas de BSC solicitando la nulidad del aval prestado por haber sido prestado su consentimiento a la fianza como consecuencia del dolo del resto de los participantes en el préstamo. A juicio de Arcadio, el dolo consistió en convencerle para que afianzara solidariamente un préstamo de 1.500.000 euros diciéndole que iba a destinarse a un plan de negocio con inversiones que relanzarían la actividad de BSC, presentándole a él y a la entidad prestamista unas cuentas de la sociedad que no reflejaban la imagen fiel de la situación económica y patrimonial, y afirmando que la sociedad no estaba en ese momento en situación de incumplimiento de ninguna de sus obligaciones.

El juzgado de primera instancia dictó sentencia en la que acordaba desestimar la demanda presentada por IBERSA frente a Arcadio, y estimar la demanda reconventional presentada por este último por apreciar la concurrencia del vicio de dolo en su consentimiento con-

tractual y, en consecuencia, declaró nulo el contrato de fianza suscrito el 6 marzo 2013.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estimó los recursos presentados por IBERSA y por SRP, estimó la demanda de la primera, y condenó a Arcadio al pago de la cantidad de 43.750 euros. Frente a esta sentencia, Arcadio presentó recurso de casación. (A. I. R. A.)

9. Abusividad en servicios de apuestas deportivas.—La Orden EHA/3080/2011, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevé la posibilidad de que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores. Dichas reglas particulares vertidas en el condicionado general del contrato no solamente deben ajustarse a esta Orden, sino que, además, pueden ser susceptibles de un control de abusividad. El artículo 13.6 de esa norma contempla unas garantías mínimas que deben respetarse en relación con las consecuencias de la anulación de apuestas por los operadores, en aplicación de las reglas particulares, y en concreto que el dinero apostado sea reintegrado íntegramente y sin coste alguno al jugador. En este caso, la abusividad no está en que se incluya esta posibilidad en el clausulado del contrato, sino en la forma en que esté redactada. Si la posibilidad de anular la apuesta, una vez formalizada, por parte del operador está contemplada de una manera excesivamente amplia, que le confiere a éste una arbitrariedad tan grande que queda a su discrecionalidad el cumplimiento del contrato, entonces podría hablarse de una cláusula abusiva.

La doctrina del abuso del derecho.—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Para apreciar el abuso del derecho, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2) un daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar) o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). Cuando el daño deriva del ejercicio de un derecho estatutario, el abuso puede invocarse para privar de legitimación a quien ejercita de forma abusiva su derecho y evitar así el perjuicio, y no tanto para instar una indemnización. (STS de 11 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—CI es una empresa que gestiona apuestas por internet relacionadas con eventos deportivos. Entre el día 4 y el 8 de diciembre de 2014, PO realizó 78 apuestas, por un importe total de caso 685 euros y por las que ganó casi 2.800.000 euros. CI 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 PO. Éste interpuso una demanda por incumplimiento contractual, en la que exigía a CI el abono del importe del premio.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo correctamente aplicada por CI la cláusula de las condiciones generales del contrato que le permitía invalidar las apuestas por

errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto. La sentencia fue recurrida en apelación por el actor. La Audiencia estimó el recurso, entendiéndolo abusivas las condiciones generales incluidas en el artículo 6 del contrato (permitía invalidar la apuesta, concluido el evento, por errores humanos de sus empleados o errores informáticos, apuestas con cuotas incorrectas o realizadas a sabiendas del resultado correcto) y en el artículo 19 (que señala como causa de resolución automática del contrato cualquier incumplimiento por parte del usuario). La calificó de abusivas por desconocer el principio de reciprocidad contractual, condenando a la demandada a abonar el premio.

Frente a dicha sentencia, CI interpuso recurso de casación. En primer lugar, alega que no procedía declarar la abusividad de estas cláusulas por razón de su contenido porque eran esenciales del contrato y respecto de ellas sólo cabía los controles de incorporación y transparencia, que en este caso se cumplían. El Tribunal Supremo desestima este motivo. Explica que se trata de dos cláusulas que no definen el objeto principal del contrato de apuesta ni regulan sus elementos esenciales, sino que habilitan a una de las partes, el predisponente, para, después de haberse concertado las apuestas y, en consecuencia, el contrato, invalidarlo unilateralmente o resolverlo.

En segundo lugar, el recurrente considera que el artículo 15.2.b) Ley 13/2011, de regulación del juego, y el artículo 13.6 Orden EHA/3080/2011, por la que se desarrolla la reglamentación básica de las apuestas deportivas, impiden declarar abusivas aquellas cláusulas que recojan previsiones reguladas en una disposición de carácter general y que resulten aplicables a los contratantes. Dichas normas reconocen expresamente la facultad del empresario de anular apuestas y resolver el contrato de apuesta en caso de que se produzca un incumplimiento de la ley, de la orden ministerial, del contrato o de las reglas particulares. El Tribunal Supremo entiende que, el hecho de que la normativa administrativa, al reglamentar las reglas básicas a las que habrán de atenerse los operadores para el desarrollo y explotación de las apuestas deportivas, prevea que existan reglas particulares elaboradas por estos operadores, no significa que éstas no puedan ser susceptibles de un control de abusividad. Apunta el Tribunal Supremo que, cuando los tribunales analizaron la abusividad de las cláusulas litigiosas, no infringieron la citada normativa, por lo que desestima también este motivo.

En tercer lugar, se alega que la sentencia recurrida declaró la nulidad de la cláusula 6 por falta de reciprocidad, realizando una interpretación de los artículos 82.4.a) y c), 85.3, 85.4, 85.7, 87.3 y 89.2 TRLGDCU contraria a la realidad social actual y al contexto en el que están insertadas las referidas cláusulas. El Tribunal Supremo desestima igualmente este motivo. A su juicio, dicha cláusula está redactada de una manera tan amplia, que confiere una arbitrariedad muy grande a la empresa en su ejecución, lo que permite en la práctica que quede al arbitrio de la empresa de apuestas el cumplimiento del contrato. Además, señala el Tribunal Supremo que deberían objetivarse un poco más las razones de la anulación, pues

están formuladas en términos demasiado genéricos, que no impiden un uso arbitrario de ellas. De ahí su carácter abusivo.

Finalmente, el recurrido sostiene que la conducta de PO supone un abuso de derecho respecto del contrato de juego suscrito con la empresa de apuestas y que actuó de mala fe, al realizar las apuestas reclamadas con la intención de aprovechar un error informático. Según el Tribunal Supremo, esa conducta desarrollada por PO no constituye un acto contrario a la buena fe ni un abuso de derecho. Es un acto de perfeccionamiento de un contrato de apuesta, a la vista de las condiciones ofrecidas por la empresa de apuestas. Lo realmente relevante, apunta, es el volumen de apuestas realizadas (78) y la desproporción existente entre el riesgo asumido y el beneficio obtenido, en el marco de un contrato aleatorio en el que el error en la determinación de la cuota garantizaba el éxito de la apuesta. El actor se percató del error de cálculo realizado por la empresa y efectuó un alto número de apuestas, desvirtuándose así la aleatoriedad típica de este tipo de contrato (art. 1790 CC), al ser la probabilidad de acierto de aproximadamente un 90%. Conforme al Alto Tribunal, son estas circunstancias las que, a tenor del artículo 7.2 CC, contribuyen a que la actuación de PO sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Por ello, termina estimando el recurso de la empresa demandada, confirmando así la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Sobre el control de abusividad y el control de transparencia, *vid.* las SSTs de 24 de marzo y 29 de abril de 2015. Respecto a la doctrina del abuso del derecho, *vid.* las SSTs de 16 de mayo de 2001, 1 de febrero de 2006, 18 de mayo de 2005, 10 de noviembre de 2010, 21 de noviembre de 2012 y 3 de abril de 2014. (S. L. M.)

10. Consumidores y usuarios. Contrato de corretaje inmobiliario celebrado fuera del establecimiento mercantil. Derecho de desistimiento no informado y servicio ejecutado.—La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma que los consumidores disponen de derecho de desistimiento gratuito, incluso cuando el servicio contratado se hubiera completado, durante catorce días desde la celebración del contrato más doce meses, si en la hoja de encargo no se informaba del derecho de desistimiento que les asistía ni autorizaban al corredor inmobiliario a comenzar la prestación del servicio antes del transcurso del plazo para desistir. (STS de 24 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Unos consumidores celebraron un contrato de corretaje inmobiliario, en su domicilio, que tenía por objeto la búsqueda por la agencia de un comprador para su vivienda. La nota de encargo no contenía información sobre el derecho de desistimiento gratuito de catorce días que asiste a los consumidores de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil ni recababa el consentimiento expreso de los consumidores a comenzar la prestación del servicio antes de que transcurriera el periodo de desistimiento, con la consecuente pérdida de dicho derecho (arts. 99.2 y 3, y 103.m TRLGDCU). La agencia inmobiliaria encontró compradores den-

tro del plazo de desistimiento, ejecutando así sus servicios, pero los consumidores ejercitaron su derecho a desistir a los quince días de haber contratado, siendo conocedores ya de la existencia de compradores. La agencia inmobiliaria demandó a los vendedores solicitando el abono de la cláusula penal prevista en el contrato para el caso de incumplimiento de aquellos y sostuvieron que los demandados carecían de derecho a desistir por haberse ejecutado el servicio (art. 103.a TRLGDCU). Los demandados se opusieron alegando que ejercitaron el derecho de desistimiento gratuito en plazo de conformidad con el artículo 105.1 TRLGDCU (catorce días más doce meses en ausencia de información del derecho a desistir). El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de los demandados. El Tribunal Supremo coincidió con la Audiencia Provincial al considerar que los consumidores ejercitaron en plazo el derecho de desistimiento pues este solo habría resultado extinguido si el inicio de la prestación del servicio antes del transcurso del derecho de desistimiento hubiera contado con el consentimiento expreso de los consumidores (art. 103.a TRLGDCU), lo que no acaeció. En consecuencia, el ejercicio del derecho de desistimiento por parte de los consumidores fue eficaz y no les es exigible el pago de los honorarios reclamados por la agencia. (A. A. O.)

11. Solidaridad. Relación interna entre los deudores solidarios. Acción de regreso. Los condenados solidariamente en un proceso anterior pueden acudir a otro posterior para determinar la responsabilidad interna que no haya quedado fijada previamente en el primer juicio.—La condena solidaria en un pleito, sin fijación de cuotas, no excluye que pueda determinarse posteriormente en la relación interna la responsabilidad de cada una de las partes.

Aplicación de la regla supletoria de división en partes iguales.—Lo que sucede es que, si no se acredita distinto grado de concurrencia individual que permita deslindar o individualizar las responsabilidades, será aplicable la presunción de que la deuda se divide a partes iguales (art. 1138 CC). (STS de 4 de febrero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En esta sentencia se discute si la condena solidaria en el orden social excluye, en el ejercicio de la acción de regreso, que se pueda valorar el grado de participación de cada uno de los condenados en un proceso posterior. Las dos partes del proceso civil fueron condenadas, en la jurisdicción social, al pago solidario de las consecuencias económicas derivadas del despido en un caso de cesión ilegal de trabajadores. Posteriormente, el deudor que pagó el importe total de la indemnización por despido improcedente, después de haber reclamado la mitad de lo abonado a la otra codeudora solidaria, ante la ausencia de respuesta, presenta demanda solicitando el reembolso de la cantidad requerida más los intereses de anticipo. La parte demandada se opuso alegando, básicamente, que la cesión ilegal era imputable únicamente a la demandante pues fue consecuencia de las cláusulas establecidas en el pliego de

condiciones de la contratación pública, elaboradas por la otra parte, que tubo necesariamente que aceptar para acceder a la contratación del servicio. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal, al considerar que la sentencia dictada en el orden social no impide a la jurisdicción civil enjuiciar la cuestión desde el plano jurídico del ordenamiento civil, de forma que se puede entrar a valorar la responsabilidad interna de cada uno de los condenados solidarios. En lo que respecta al recurso de casación, lo desestima al concluir que la ilegalidad de la cesión de los trabajadores es atribuible a los dos deudores solidarios y que al no haberse podido delimitar el grado de participación real de cada uno hay que entender que la deuda se divide en partes iguales.

NOTA.—Esta sentencia reitera la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la acción de reembolso según la cual satisfecha la condena impuesta por uno solo o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1145 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación, desapareciendo entonces la solidaridad que rige las relaciones externas frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre los deudores solidarios) la mancomunidad (entre otras, SSTs 274/2010, de 5 de mayo, 129/2015, de 6 de marzo, 249/2016, de 13 de abril, 56/2018, de 2 de febrero y 509/2018, de 20 de septiembre). Sobre el ejercicio de la acción de reintegro en materia de edificación *vid.* Santana Navarro, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 225 a 228. (C.O.M.)

12. Compatibilidad de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales, con los intereses anatocísticos del artículo 1109 CC.—La Sala Primera reitera su doctrina de superación del principio *in iliquidis non fit mora*. La determinación de los intereses moratorios depende de la certeza de la obligación, aunque se desconozca su cuantía. Por eso, si la deuda principal existe y además resulta aplicable al caso la Ley 3/2004, que establece un régimen de intereses de demora de devengo automático, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por el acreedor (art. 5), la pretensión del pago de estos intereses debe admitirse. En este sentido, la Ley 3/2004 es norma especial y responde a una medida sustantiva de lucha contra la morosidad. No resulta incompatible con el artículo 1109 CC, que regula el anatocismo legal en el ámbito civil. Que esto sea así explica que los intereses de demora generados conforme a los arts. 5, 6 y 7 de la Ley 3/2004 puedan capitalizarse a partir del momento de su reclamación judicial. Ello porque (i) la Ley 3/2004 no excluye expresamente el anatocismo civil respecto de los intereses moratorios que establece; (ii) la especialidad de la Ley 3/2004 no convierte *per se* en incompatible el anatocismo *ex* artículo 1109 CC, como sí ocurre con el artículo 1100 CC, sobre intimación del acreedor; (iii) la finalidad de la norma de lucha contra la morosidad se compadece con el efecto

disuasorio del anatocismo; (iv) la prevalencia de la ley especial con la general se aplica en aquello que sean incompatibles; y (v) la compatibilidad entre ambas normas ya ha sido reconocida en el ámbito de la contratación administrativa. (STS de 25 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La sociedad A ejerció acción de reclamación de cantidad frente a la sociedad B —empresa de gestión de infraestructuras andaluza— en virtud del contrato que las vinculaba. El contrato respondía a una licitación pública, había sido celebrado el 13 de febrero de 2008 y tenía por objeto de diversas obras en un tramo de carretera de Andalucía. Los servicios finalizaron en junio de 2011. Sin embargo, la sociedad B no abonó una parte de los trabajos realizados y que eran imprescindibles para su realización.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda en todas sus pretensiones a excepción de la relativa al reconocimiento de los intereses sobre los intereses de demora devengados. A su juicio, la Ley 3/2004 no prevé el anatocismo, y los intereses no estaban todavía liquidados. Ambas partes recurrieron la sentencia en apelación, si bien la sociedad A solo en relación con la posibilidad del anatocismo. La Audiencia Provincial confirmó en lo sustancial la sentencia del juzgado, pero desestimó la apelación de la sociedad A en lo referido al anatocismo. Ante ello, la sociedad A interpuso recurso de casación sobre este punto en concreto. (A. I. R. A.)

13. Contratos. Asesoramiento por entidad financiera. Responsabilidad civil ex artículo 1101 CC derivada del incumplimiento de sus deberes de información con daño para el cliente. Necesidad de relación causal entre el incumplimiento del deber de información y el daño sufrido.—Es doctrina reiterada de la Sala que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros, y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del artículo 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido (SSTS 677/2016, de 16 de noviembre; 62/2019, de 31 de enero; 303/2019, de 28 de mayo; 165/2020, de 11 de marzo; 615/2020, de 17 de noviembre; y 628/2020, de 24 de noviembre, entre otras). Doctrina que se aplica no solo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión, sino también cuando se contrata un swap, en el que no cabe hablar propiamente de una inversión (SSTS 615/2020, de 17 de noviembre y 628/2020, de 24 de noviembre). En cualquier caso, es necesario concurren una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Así, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, derivadas de las liquidaciones negativas producto de la bajada continuada de los intereses. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales

riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa (STS 608/2020, de 12 de noviembre).

Deber de informar al cliente. Contenido. Necesidad de trasladar al cliente los riesgos asociados a este tipo de producto. Cumplimiento. No basta la simple entrega de documentación, ni la remisión a las estipulaciones del contrato.—Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía (STS 32/2016, de 4 de febrero, cuya doctrina reproducen las SSTS 542/2019, de 16 de octubre y 526/2020, de 14 de octubre). Por tanto, no cabe dar por cumplida esta obligación por la circunstancia de la entrega de la documentación del contrato, ni menos aún con la mera remisión a las estipulaciones contractuales, sino que requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 6/2019, de 10 de enero; 334/2019, de 10 de junio; 524/2019, de 8 de octubre; 274/2020, de 10 de junio; 670/2020, de 11 de diciembre; y 673/2020, de 14 de diciembre, entre otras muchas). De la misma ineficacia adolecen las menciones predisuestas, que no consisten en declaraciones de voluntad sino de conocimiento o fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas preparadas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (SSTS 11/2017 de 13 de enero y 210/2019, de 5 de abril, entre otras), tales como las de haber recibido la información requerida o la comprensión de las características y condiciones del producto suscrito, pues en tal caso bastaría con la predisposición e imposición de cláusulas de tal clase, unilateralmente redactadas, para dar por acreditado el deber de informar, lo que desde luego no es de recibo.

Cumplimiento del deber de información. Carga de la prueba. La entidad financiera debe acreditar haber llevado a cabo su obligación de informar al cliente.—La carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera y no a la parte demandante, dado que, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y de otra parte, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (SSTS 60/2016, de 12 de febrero y 618/2019, de 19 de noviembre entre otras muchas). Sin que pueda escudarse en el mayor o menor conocimiento del contenido y funcionamiento de estos productos financieros por parte del cliente. Ya que el hecho de que la demandante sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características de un producto complejo y de riesgo como es el swap, no es la de un simple empresario, en este caso del sector de la construcción, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos, extremo que tampoco consta

mediante la aportación de pruebas al respecto. (STS de 8 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora, GPVR, S.L., una pequeña empresa dedicada a la construcción, sin que sus administradores contasen con experiencia en derivados financieros, mantenía frecuentes relaciones con una sucursal de la entidad bancaria BS. El responsable de dicha oficina, en una de las operaciones, les hizo firmar en marzo de 2005 un contrato de permuta de tipos de interés (swap), denominado «Fijo Creciente Rango», con un valor nominal de 1.300.000 euros. El banco les explicó que este producto financiero funcionaría como un seguro de tipos de interés para el préstamo al que iba vinculado. Mas allá de esto, no fueron informados en ningún momento de las características del producto contratado, ni tampoco se les facilitó información escrita; y la recibida de forma oral fue objetivamente contraria a la realidad del producto. Así pue, nada se indicó, por parte del comercial de la demandada, sobre el riesgo de perder grandes cantidades de dinero como efectivamente así sucedió durante los dos años siguientes a la firma del contrato. En noviembre de 2016 GPVR, S. L. interpuso demanda contra BS con solicitud de que se declarase la nulidad radical del contrato de swap suscrito y, subsidiariamente, la anulabilidad; en su defecto, que se acogiese la reclamación de daños y perjuicios y, en último término, se estimase la existencia de enriquecimiento injusto. La parte demandada se opuso, alegando la caducidad de la acción de anulación y afirmando el cumplimiento de todos los deberes de información impuestos legalmente en este tipo de operaciones. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron íntegramente la demanda al entender que la acción objeto de ejercicio era la de nulidad relativa o anulabilidad, cuyo plazo de vida habría ya caducado con creces. También se descartó la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios ya que, al entender del juzgador, el daño se habría producido igualmente aun cuando se hubiera trasladado la información al cliente, por lo que el perjuicio sufrido no guardaba relación causal con el incumplimiento de este deber de información. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

14. Contratos. Cumplimiento defectuoso. Retraso del obligado que provoca el incumplimiento de la otra parte con un tercero. Previsibilidad y relación de causalidad.—En cuanto a la previsibilidad de los daños e interpretación del artículo 1107 CC, debemos declarar que el encargo que la actora hizo a la demandada de la construcción de un motor, hélices y generador para un buque, es un eslabón importante pero encadenado al resto de las piezas de la nave, en concreto el sistema propulsor, sin el cual no es posible terminar la embarcación ni que esta navegue. Por lo tanto, el incumplimiento de la demandada al no entregar en plazo la información técnica del motor, que permitiría su adaptación al resto de los engranajes, constituye un daño intrínseco, es decir, era previsible que los defectos en el cumplimiento de la obligación de la demandada afectarían a la terminación del buque y a los plazos de entrega del mismo. De manera que el incumplimiento del deman-

dado en la entrega de la información técnica era una tarea enlazada y subordinada al resto de la construcción del buque por lo que su retraso generaba la ralentización de otras tareas y la dilación en la entrega del buque, lo que era absolutamente previsible; siendo los daños y perjuicios indemnizados una consecuencia necesaria del incumplimiento (STS 484/2018, de 11 de septiembre y las que en ella se citan).

Cláusula penal. Limitación de responsabilidad exclusivamente al evento o hechos contemplados por la cláusula, pero no a aquellos que no quedaron comprendidos dentro de su ámbito objetivo.—No puede aplicarse la limitación de responsabilidad pretendida por la demandada, ya que la limitación cuantitativa que recoge la cláusula penal (5% del valor del contrato), solo se refería al retraso en la entrega de las piezas y no al incumplimiento de entrega de la documentación técnica que era anterior en el tiempo a la entrega de las piezas. Las piezas se entregaron en plazo, aunque con defectos, pero previamente a ello era preciso conocer las circunstancias técnicas que posibilitarían la construcción del buque en función del grupo propulsor y anejos y esa fue la obligación incumplida, ya que sin dicha información técnica era imposible acometer el diseño y construcción de otras partes del buque. Lo que a la postre determinó el retraso y los daños derivados del mismo. (STS de 4 de febrero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La mercantil F. V. S. A., encargada de la construcción de un buque para un tercero, contrató con W. I. S. A. el suministro de una serie de equipos para dicha construcción. La constructora demandó a la suministradora, alegando los retrasos en que había incurrido esta última en el suministro de la información técnica de los equipos; información que, además, era esencial para el cumplimiento de la planificación en la construcción del buque, amén de que en los equipos suministrados se detectaron fallos en su diseño y/o funcionamiento que los hacían inhábiles y fueron causa de nuevos retrasos y cuantiosos costes para la actora. En este sentido, alegaba que estos incumplimientos habían generado un retraso de 44 semanas en la entrega pactada con el tercero, que para paliar tal demora se había visto obligada a adoptar una serie de medidas extraordinarias que incrementaron los costes a causa de contratación de auxiliares, aumentos de turnos y jornadas de trabajo, horas extraordinarias, etc. Todo lo cual había supuesto un perjuicio económico superior a los seis millones de euros. Por su parte, la demandada alegaba que las dilaciones eran atribuibles a la conducta de la actora, ya que esta había solicitado un cambio en el motor proyectado que había determinado los problemas que generaron el retraso. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a W.I.S.A. al pago de 1.335.645 euros. La Audiencia Provincial de Pontevedra revocó parcialmente la anterior resolución y fijó como indemnización 2.708.686 euros. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

15. Delimitación jurisprudencial del contrato administrativo versus contratos privados de las Administraciones Públicas.—La Audiencia Provincial parte de la calificación de los contratos de compraventa litigiosos

como contratos civiles, sometidos al Derecho privado, invocando la sentencia de la Sala de 27 de mayo de 2009, que recoge la doctrina jurisprudencial sobre la delimitación entre los contratos civiles y los administrativos celebrados por las Administraciones Públicas. El legislador pretendió perfilar el ámbito de unos y otros en la Ley de 1995. Serán siempre privados los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás análogos sobre inmuebles. La jurisprudencia ha sido casuística, y hasta hay cierta falta de sintonía entre la Sala Civil y la de lo Contencioso-Administrativo.

De conformidad tanto de la Sala especial de conflictos jurisdiccionales del Tribunal Supremo como de la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción competente para decidir la ubicación definitiva de los bienes procedentes del Monasterio de Sijena, sobre la titularidad y calificación de esos bienes y sobre los eventuales vicios de legalidad, es la civil.

El ATC 128/2016, de 21 junio afirma que el incidente de ejecución de la Generalitat parte de su errónea interpretación, pues la ubicación definitiva de los bienes procedentes de Sijena dependerá de la jurisdicción civil.

Se desestiman los motivos 1.º de los recursos extraordinarios de infracción procesal interpuestos por la *Generalitat* y el MNAC, y los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del *Consorti del Museu de Lleida*.

Colegialidad en la decisión de los Tribunales: Irregularidades procesales causantes de indefensión.—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la indefensión, para tener efecto anulatorio de las actuaciones, sea real y efectiva. Menciona la sentencia constitucional 230/1992, de 14 diciembre, sobre el deber de comunicar a tiempo la composición de la Sala. La Sala Primera del Tribunal Supremo cita el caso en que se omitió, infringiéndose los artículos 202 y 203 LOPJ. Pero el Tribunal Supremo viene indicando reiteradamente que no basta la constatación de una simple irregularidad procesal. Sin embargo, es distinto cuando se denuncia una concreta causa de recusación (Auto 117/1997, de 23 abril). No cabe imponer al Tribunal un «modus operandi».

Lo que se demandó y se declaró en la sentencia, sin atisbo de incoherencia entre el *petitum* y el fallo, es la nulidad de la adquisición de la titularidad de las obras y la consiguiente restitución posesoria. La nulidad de la titularidad del dominio arrastra a la posesión, cedida al *Museu*. El decaimiento del título de compraventa comporta la obligación de restituir las cosas objeto del contrato (art. 1303 CC); efecto reflejo recogido en el art 13 LEC para la intervención adhesiva simple. No hay duda en nuestra doctrina y jurisprudencia que la figura de la intervención adhesiva simple se recogió en las leyes procesales de 1881 y 2000.

Territorialidad de las competencias autonómicas: Estatuto Aragonés de Autonomía.—Hay una excepción a la regla del artículo 70.2 del EAA, a saber «los supuestos que hacen referencia el presente Estatuto y otras disposiciones legales del Estado que establecen la eficacia jurídica extraterritorial de las disposiciones y los actos de la CA Aragón». En materia de tutela del patrimonio histórico el artículo 71.45.^a alude «al patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico, científico y cualquier otro de interés para la Comunidad Autónoma», y «en especial las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón». Soporte normativo en que se apoya la sentencia de la Audiencia Provincial. La *Generalitat* interpreta erróneamente la STC 6/2012. Es evidente que el Tribunal Constitucional interpreta el principio de territorialidad basado en un criterio de provisionalidad.

dad, pues la ubicación definitiva de los bienes procedentes del Monasterio de Sijena dependerá de lo que decida la jurisdicción civil, al resolver los litigios que se le planteen sobre la calificación y titularidad de esos bienes y sobre los eventuales vicios de legalidad en la enajenación de los mismos, como precisa la propia Sentencia del Tribunal Constitucional. El título de dominio constituye un presupuesto necesario para obtener la restitución o el reintegro posesorio (art. 1303 CC), no pudiéndose negar que la promoción de tales acciones judiciales entre en el ámbito de dichas competencias.

Evolución de la legislación española de protección del patrimonio artístico (1923-1994).—El régimen jurídico aplicable al primer contrato (1983) está derogado por disposiciones con dispar contenido y alcance, y cuya relación entre sí (normas generales *versus* especiales, normas anteriores derogadas tácitamente y otras vigentes por no ser incompatibles) puede arrojar alguna duda en su interpretación. La vigente Ley 16/1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español (LPHE), alude en su preámbulo, como causa de su necesidad, a la «dispersión normativa» preexistente en la materia. Además de la Ley de 7 de julio de 1915 sobre «Monumentos Nacionales», otros precedentes son los siguientes: 1.º) RD de 9 de enero de 1923 relativo a las enajenaciones de obras artísticas, históricas o arqueológicas por entidades eclesiásticas; 2.º) RD-Ley de 9 de agosto de 1926, relativo al Tesoro Artístico Arqueológico Nacional; 3.º) Ley de 10 de diciembre de 1931, de Patrimonio Artístico e Histórico. 4.º) Ley de 13 de mayo de 1933, de Patrimonio Artístico Nacional; 5.º) Decreto de 16 de abril de 1936, que aprueba el Reglamento de la Ley del Tesoro Artístico Nacional; 6.º) Decreto 12 de junio de 1953 que regula el comercio y exportación de obras de arte y de carácter histórico; 7.º) Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre conservación del patrimonio histórico-artístico. La Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español, es la vigente actualmente y a la fecha de los contratos de 1992 y 1994.

Regulación del Derecho canónico sobre la personalidad de las Ordenes Monásticas y sobre las condiciones de enajenación de obras de arte y otros objetos preciosos propiedad de entidades eclesiásticas: Los Acuerdos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede.—Todos los contratos litigiosos fueron celebrados bajo la vigencia del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, cuya ratificación se firmó el 3 de enero de 1979, si bien el primero de los contratos (de 28 de enero de 1983) se celebró durante la vigencia del Código de Derecho Canónico de 1917, y los posteriores (de 1992 y 1994) bajo el vigente Código Canónico, promulgado el 25 de enero de 1983 y que entró en vigor el 27 de noviembre de ese año. A los efectos aquí relevantes el régimen de ambos Códigos es similar. El RD de 9 de enero de 1981 crea el Registro de Entidades Religiosas. Constan inscritas como entidades religiosas distintas los Monasterios de Sijena y Valldoreix. El Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar que les atribuye la legislación canónica en calidad de monasterios *sui iuris* o autónomos. No es objeto de controversia que en los contratos de compraventa litigiosos se cumplieron los requisitos canónicos. Pero una lectura atenta de las normas aplicables al contrato litigioso no permite confirmar el veredicto anulatorio que la Audiencia Provincial deriva de la legislación transcrita.

Nuevos criterios interpretativos.—La Ley de 13 de mayo de 1933 de Patrimonio Artístico Nacional viene a modificar sustancialmente el marco, y la interpretación que ha hecho la Audiencia Provincial del régimen aplicable a la compraventa de 28 de enero de 1983 no ha sido correcta. Pero ello no es

suficiente para estimar su recurso en este punto pues esta conclusión carecería de efecto útil para revocar el fallo de la sentencia si, tras el examen de las otras dos causas de nulidad contempladas por la Audiencia Provincial, llegáramos a la conclusión de que alguna de ellas deba mantenerse, pues basta una única causa de nulidad. También en el caso de la compraventa de 17 de diciembre de 1992 la Audiencia Provincial no ha acertado a la hora de justificar la nulidad del contrato en base a una pretendida infracción de la LPHE, si bien ello no es suficiente, al igual que en el contrato de 1983. Ello requiere que se descarten también los otros dos motivos de nulidad.

El supuesto carácter de *res extra commercium* de los bienes litigiosos.—Los bienes litigiosos no son *extra commercium* ni desde el punto de vista canónico, ni civil. El artículo 1.º del RD de 9 de enero de 1923 alude a la autorización previa, expedida de Real Orden por el Ministerio de Gracia y Justicia para proceder a la enajenación válida de las obras artísticas, históricas o arqueológicas de que sean poseedoras; y el artículo 2 las enumera bajo el concepto canónico de *res pretiosas*. Tampoco civilmente tienen tales bienes la consideración citada, con las limitaciones que a la facultad dispositiva del dueño impongan normas privadas o públicas, civiles o canónicas. Ciertamente, hay limitaciones como los tanteos y retractos legales, que son las que interesan por razón al contenido de las normas aplicables. Pero en todos estos casos no cabe hablar en rigor de *res extra commercium* como carácter intrínseco de la cosa.

Los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos para casos concretos, según jurisprudencia antigua y reiterada. En nuestro caso, son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social. Finalmente, apoyar la supuesta indisponibilidad en su indivisibilidad como conjunto, invocando la STS de 30 de abril de 2009, resulta estéril. Indisolubilidad e indivisibilidad son cosas distintas. La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que se cita en el escrito de oposición, no desvirtúa la conclusión anterior, dado que se refería a la venta de un monumento en situación de condominio, y también a operaciones de derribo de inmuebles o de ejecución de reforma de su estructura interior o exterior o de consolidación cuando estén en peligro de destrucción.

En consecuencia, se rechaza como causa de nulidad de los contratos litigiosos la calificación —que se niega— de los bienes vendidos como *res extra commercium*.

Como se recuerda en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015, la *Generalitat* comunicó la catalogación de los bienes litigiosos y solicitó su inscripción en el Inventario General de Bienes Muebles de la Administración del Estado (art. 16.4 de la Ley del Patrimonio Cultural Catalán en relación con el art. 24 del Reglamento de la LPHE); y el debate sobre a qué Administración, si la catalana o la aragonesa, correspondería un eventual derecho de retracto, fue resuelto el conflicto de competencias, por la STC 6/2012 a favor de la *Generalitat* catalana.

Al razonar así, debemos concluir que también en el caso de la compraventa de 17 de diciembre de 1992, la Audiencia Provincial no ha acertado a la hora de justificar la nulidad del contrato en base a una pretendida infracción de la LPHE. Pero ello no es suficiente para estimar el motivo (como en el caso del contrato de 1983), pues resulta necesario se descarten los otros dos motivos pendientes.

La supuesta imprescriptibilidad o usucapibilidad de los bienes litigiosos.—Se impugna la decisión de la Audiencia Provincial basada en que el precepto fue derogado por la DF 3.^a de la Ley de 1933, y también por ser inmuebles los bienes vendidos. Este planteamiento es lógico, pero no es la tesis de la Sala. La cuestión se debe dilucidar en razón al régimen legal específico del tipo de bienes, de interés cultural, que estamos considerando. Perspectiva desde la que el motivo no puede prosperar. No cabe sostener que impuesta legalmente la imprescriptibilidad pueda coexistir con un régimen de libertad de enajenación. En definitiva, las disposiciones anteriores abrogadas por la Ley de 1933 no «revivieron» temporalmente por el hecho de que la LPHE pronunciase un mandato de derogación general e *in totum* de aquellas normas.

La Audiencia Provincial invocaba los artículos 28 y 29, totalmente omitidos en el recurso, sin que sea misión de este Tribunal suplir la función alegatoria de la parte. Además unos mismos bienes pueden tener la condición de inmueble (no por naturaleza) en un momento y de muebles en otro momento (mediando la separación física y temporal). Constituye carga de la parte probar y alegar los hechos y las razones jurídicas por las que su pretensión deba prosperar. No lo ha hecho así, en este extremo, el recurrente, y por tanto, no puede acogerse el motivo.

Restitución de las prestaciones derivadas de la nulidad o ineficacia de los contratos: Interpretación jurisprudencial del artículo 1303 CC.—Después de que las religiosas de Sijena se trasladaran al Monasterio de Valldoreix, en 1972, la Priora de Sijena cedió en depósito los bienes litigiosos, quedando éstos desde entonces en Cataluña. El fallo de primera instancia, confirmado por la Audiencia Provincial en lo relativo a la orden de traslado de los bienes, declara la nulidad de pleno derecho de las compraventas por la *Generalitat* de Cataluña en 1983 y 1992, y por Museo de Arte de Cataluña en 1994, y que la propiedad es de la Orden Sanjuanista. Sus argumentos son: 1.º La *Generalitat* al comprar actuaba con el propósito de extinguir el depósito; 2.º Si se entiende que no se extinguió, al haberse convenido por plazo indefinido y haber transcurrido unos 45 años, es lógico suponer que se precisaba autorización administrativa, que no se obtuvo; 3.º El depósito no impide que Aragón, «dentro de las competencias estatutarias que le competen, interese la reintegración al conjunto artístico en donde han permanecido durante varios siglos, pues parece obvio que dicha pretensión ya tenía como presupuesto la no subsistencia del depósito», y 4.º que la Federación con representación de las Comunidades sin vida sanjuanista, no se ha opuesto a las pretensiones de Aragón. El Juzgado de Primera Instancia añade que en todo caso debe estarse al artículo 16 CE y al Principio de Libertad Religiosa, siendo aplicable el Concordato de 1979. Por ello desestimó la demanda respecto de la Federación.

No es avalable el argumento de la Audiencia Provincial basado en la suposición de que debe existir alguna previsión normativa equivalente a las de la compraventa para el depósito de larga duración o de duración indefinida, para exigir autorización administrativa, sin cita de la disposición legal o reglamentaria. El régimen civil de compraventa y depósito son claramente diferentes, y no hay base para establecer una analogía respecto al depósito indefinido. El artículo 1758 CC impone al depositario la obligación de «guardarla y de restituirla» «cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución» (art. 1775 CC), es decir, en cualquier tiempo. Por ello resulta inviable la analogía, al no haber

identidad de razón, ni laguna legal, pues el depósito tiene sus propias normas, no sólo civiles, sino también para la protección del patrimonio histórico-artístico.

Distinta valoración debe obtener el argumento relativo a la extinción del depósito por efecto de la compraventa. Las sentencias de la Sala que han admitido, desde la de 29 marzo 1932, la posibilidad de apreciar de oficio una nulidad, han restringido tal posibilidad a los casos en que el acto o contrato nulo era «manifiestamente contrario a la moral». La STS de 28 marzo 1963 precisaba que «es obvio que esta doctrina se establece para aquellos casos graves y extremos en que la conciencia y el sentido del deber se resisten, con fundamento, a sancionar un resultado francamente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso». En definitiva, la posibilidad de apreciar y declarar de oficio una nulidad de pleno derecho es excepcional. Doctrina que hay que tomar *cum grano salis* (STS 31 marzo 1981). Fuera de tales excepciones, las ss. han de ajustarse a las peticiones de las partes para no incurrir en incongruencia, por lo que no pueden declarar una nulidad no pedida, sin perjuicio de poder aplicar a los hechos probados un precepto no invocado por los litigantes. En esta litis no es que se declare extralimitadamente tal nulidad, es que en el fallo no hay rastro de tal declaración. Lo que afirma la sentencia es que el depósito no subsistió después de la celebración del contrato de compraventa. Lo cual la sentencia confirma.

Efectos restitutorios derivados de la nulidad o ineficacia del contrato: Jurisprudencia sobre el artículo 1303 CC.—La Audiencia Provincial parte de la aplicabilidad del artículo 1303 CC por razón de la nulidad que declara de los contratos, pero difiere de la interpretación que hacen los recurrentes en relación con los efectos restitutorios que proclama el precepto. La jurisprudencia de esta Sala ha precisado el alcance de este efecto restitutorio, derivado de la nulidad del contrato, cuando en todo o en parte ha sido ejecutado.

La STS de 15 de abril de 2009, con remisión a las SSTS de 6 de julio de 2005 y 11 de febrero de 2003, reproduce una extensa relación de jurisprudencia en relación con el artículo 1303 CC, respecto de los criterios doctrinales sobre el régimen de restitución recíproca: (i) El precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SSTS de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000) y evitar el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SSTS de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 —llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra—); (ii) Opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (SSTS de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999); (iii) Cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (SSTS 29 de octubre de 1956, 22 de setiembre de 1989, 28 de setiembre 1996, 26 julio 2000) debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SSTS 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973); (iv) El artículo 1303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (SSTS 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (SSTS 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997); (v) La sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 matiza que el precepto «puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción econó-

mica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones y relativos a la liquidación del estado posesorio, sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto». Sobre el alcance no limitado de los efectos de la nulidad, reafirma en la STS de 9 de mayo de 2013, que «como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*».

Lo que sucede es que el artículo 1303 CC, y la regla de la *restitutio in integrum*, no puede aplicarse en sus propios términos cuando el título de la compraventa es, en principio, válido, sin perjuicio de que de que adolezca de ineficacia funcional por no producir sus naturales efectos traslativos (art. 609 CC). El artículo 1303 CC ha sido precisado en términos extensivos por la jurisprudencia de esta Sala. Así la STS de 29 de octubre de 1956 lo aplica a los negocios inexistentes o radicalmente nulos. Los recurrentes afirman que la sentencia parte de una aplicación restrictiva del efecto restitutorio derivado de la nulidad. Pero así se confunden dos planos que, estando indiferenciados en el ámbito de la nulidad de pleno derecho, no lo pueden estar en el ámbito de un contrato de compraventa válido pero carente de efecto traslativo del dominio por falta de titularidad y poder de disposición actual del vendedor sobre la cosa vendida. Este sería el caso de un contrato de depósito en que, como sucede en la litis, el depositario sea el mismo comprador de la cosa depositada. Como ha señalado la doctrina, su derecho real pleno, eliminaría su derecho personal limitado. Pero no estamos en el caso de un contrato de compraventa nulo. Una cosa es que en el caso de que, en ejecución de una compraventa válida pero ineficaz desde el punto de vista transmisivo, deba darse curso al efecto restitutorio si se produjo un desplazamiento posesorio, al constatar su falta de eficacia real, pues el efecto restitutorio es propio no sólo de la nulidad absoluta o relativa, sino también de otros grados de ineficacia contractual, como la resolución (arts. 1123 y 1124 CC) o la rescisión resolutoria por lesión –en la medida necesaria para satisfacer los derechos del perjudicado– (art. 1295 CC). Efecto que es también extensible a un caso de ineficacia como el presente, si bien con la particularidad de que la restitución no deberá hacerse en favor del vendedor, que no tenía título para ello, sino a favor del verdadero propietario como titular de la acción reivindicatoria.

Cesión carente de eficacia traslativa de documento privado.–No resulta aplicable aquí la doctrina jurisprudencial sobre el retorno de las partes afectadas a «la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador». Además de que no estamos en el caso de una invalidez, sino de una relación jurídica parcialmente ineficaz, la compradora, que poseía como depositaria y luego como propietaria tras la compraventa, una vez constatada la ineficacia de la compraventa, no puede invocar su anterior título posesorio para retener la posesión. En efecto, en esa situación el depositario no tiene título para pedir la retención (a modo de «restitución impropia») de las cosas que tuvo en depósito (fuera del supuesto del art. 1780 CC). El depositario no tiene un *ius possidendi* de carácter real, sino obligacional y limitado por la finalidad institucional o función económico-social que está llamado a cum-

plir el depósito. Este *status* posesorio del depositario es el propio «tenedor» de la cosa para «conservarla», no para «disfrutarla». Respecto de la obligación de restituir la cosa, la posición del depositario siempre es la del deudor, no la del acreedor (art. 1766 CC). Siendo naturalmente el depósito gratuito, en defecto de tal pacto, es contrato unilateral, del que no surgen derechos a favor del depositario ni título posesorio al servicio de un interés propio. Por tanto, ni puede afirmarse que el contrato de depósito subsista conviviendo con el contrato de compraventa, ni dicho contrato es título que permita al depositario retener (resistiendo la restitución a la que viene obligado) ni reivindicar la posesión de lo que fue su objeto.

En consecuencia, quien fue depositario no puede alegar un interés propio para oponerse a la restitución posesoria que se declara en la sentencia, que vincula al traslado de los bienes al Monasterio de Sijena. Este traslado responde tanto a la singular naturaleza jurídica de los Monasterios *sui iuris* o autónomos, como persona jurídica canónica y civil vinculada a un lugar (art. 615 Código Canónico), como al hecho de que quien pide en este caso dicho reintegro posesorio, depende de él para ejercitar las facultades públicas vinculadas a las «servidumbres administrativas» que pesan sobre los bienes, y a través de las cuales se tutela el cumplimiento de las limitaciones legales del dominio de tales bienes, que imponen la legislación especial de protección del patrimonio histórico-artístico, en los términos que declaró la Sala Tercera de este Tribunal en la sentencia de 26 de mayo de 2015.

Finalmente, no debemos obviar que ésta es también la solución que armoniza mejor con los Tratados y Acuerdos Internacionales de que es parte el Estado Español. En concreto, así resulta de los «criterios básicos» aprobados el 30 de octubre de 1980 por la Comisión Mixta creada en cumplimiento del art. XV del «Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales», de 3 de enero de 1979, que, en relación con las bases de la «cooperación técnica y económica en el tratamiento de los bienes eclesiásticos que forman parte del Patrimonio Histórico-Artístico y Documental», estableció que se «tendrán en cuenta los siguientes principios» (punto 3.º, e). «En cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento geográfico original o natural. Cuando esto no sea posible o aconsejable, se procurará agruparlos en edificios eclesiásticos, formando colecciones o museos donde se garantice su conservación y seguridad y se facilite su contemplación y estudio». En este caso no hay duda sobre el origen de los bienes, no sólo por su emplazamiento geográfico original, sino también por su vinculación histórica a ese concreto lugar.

Por todo ello, la sentencia debe desestimar también estos motivos del recurso. No se imponen las costas a ninguna de las partes a pesar de que han sido desestimados los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, dada la gran complejidad del litigio, en el que operan distintas categorías de ineficacia, vigencia sucesiva de diversas normas protectoras del patrimonio histórico, confluencia de leyes estatales y autonómicas, así como disposiciones propias del Derecho canónico, razones que conducen a la Sala a hacer uso de dicha excepción legal al criterio del vencimiento objetivo. Procede acordar también la pérdida de los depósitos establecidos en la DA 15.ª, apartado 9 LOPJ. (STS de 13 de enero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Esta importante sentencia, dictada por el pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por unanimidad de todos sus

miembros, es el punto final de un litigio largo y complejo, que ha enfrentado a dos Administraciones autonómicas sobre la propiedad y la posesión de objetos de valor incalculable, abarcando desde 1923 a 1994, con aplicación de normas civiles, canónicas y de protección del patrimonio histórico-artístico.

Hechos relevantes:

- Santa María de Sijena.

Este Real Monasterio, existente en el municipio de Santa María de Sijena (Huesca), fue fundado en 1187 por la Reina doña Sancha, esposa de Alfonso II de Aragón, primero en el tiempo de monjas de la Orden Sanjuanista. La Desamortización (1841) fue anulada por R.O. de 1856, y mediante escritura de 3 de julio de 1900 se inscribió la propiedad del mismo a favor de la «Comunidad de Religiosas del RM de Sijena y sus sucesoras». En 1923 el Rey lo declaró Monumento Nacional comprendiendo el templo, el claustro y la sala capitular, el palacio prioral, el refectorio, el dormitorio antiguo, la Sala de la Reina y la parte subsistente de la fortificación. En la Gaceta de Madrid se publicaron los Informes favorables de la Real Academia de Bellas Artes y de la de Historia. Tras los incendios, saqueos y destrucción sufridos por el Monasterio en agosto de 1936, y pese al mal estado en que seguía encontrándose éste, la comunidad retorna al mismo y también se devuelven las obras y objetos preciosos custodiados fuera. En 1970, ante la precaria situación económica y de salud, las religiosas deciden su traslado a la sede sanjuanista de Barcelona y, después, al Monasterio de Valldoreix (San Cugat de Vallés, Barcelona).

- San Cugat de Vallés.

Erigido canónicamente el 22 de diciembre de 1265 por bula del Papa Clemente IV. Es un Monasterio de derecho pontificio, pero sujeto a la jurisdicción del lugar, siendo la Priora la representante legal del mismo. Consta inscrito, el 7 de marzo de 1982, en el Registro del Ministerio de Justicia como «RR. Sanjuanistas (Orden San Juan de Jerusalén)», con domicilio en Valldoreix.

- Diócesis de Barbastro-Monzón (Zaragoza).

Creada por Decreto de 15 de junio de 1995, de la Congregación de los Obispos sobre modificación de límites de Lleida y Barbastro-Monzón.

La sentencia aclara que el Monasterio de Sijena, por su ubicación, perteneció hasta 1995 al Obispado de Lleida, y el de Valldoreix pertenecía, y sigue perteneciendo, al Arzobispado de Barcelona. En 1995, por Decreto de la Congregación para los Obispos, se segregaron diversas parroquias de la Diócesis de Lleida y pasaron a integrar la nueva Diócesis de Barbastro-Monzón, en la que quedó integrada la parroquia de Villanueva de Sijena.

El 21 de abril de 1971 se suscribe en Barcelona, por la Priora de Sijena (Sor Angelita Opi) y su comunidad, integrada por otras tres monjas, un documento privado: «Reunida la priora de Sijena, para decidir sobre lo de su Monasterio que por estar en obras, se trasladaron al Monasterio de la misma Orden en Barcelona, y viendo que no hay posibilidad de vocaciones y menos de volver nosotras a Sijena, por estar enfermas y mayores, nos decidimos a quedarnos definitivamente en Barcelona, si la comunidad nos admite (...) firmamos que todo lo que es de nuestro Monasterio pase a la Comunidad de Barcelona, tanto sean muebles como inmuebles, cuadro y vivienda, tierras de Sijena, para ellas por el favor y en agradecimiento a su reconocida caridad». No consta formalización documental pública de dicha cesión, ni su aceptación formal y expresa, sin perjuicio de lo que después se dirá. Tampoco consta ninguna autorización canónica de la cesión (ni del Obispo ni de la Santa Sede). El 10 de abril de 1972 reunidos en Barcelona la Priora del Monasterio de Sijena y don Juan Ainaud, Director General Técnico de los Museos municipales de Arte de Barcelona, suscriben un documento privado de depósito, estableciendo: «La Priora de Sijena, en nombre propio y de su Comunidad, entrega en calidad de depósito para su custodia en el Museo de Arte de Cataluña, sito en el Palacio Nacional de Montjuich, la colección de objetos artísticos cuya relación se adjunta, pertenecientes a Sijena. El Sr. Ainaud en nombre del Museo y en razón de su cargo recibe personalmente todos y cada uno de dichos objetos y se compromete junto con el personal a sus órdenes a velar fielmente por su conservación e integridad y tenerlos en toda ocasión a plena y libre disposición de la Priora de Sijena, quien en cualquier momento podrá retirarlos en todo o parte, mediante aviso y firma de los recibos complementarios de rectificación a que hubiere lugar. El depósito se establece por plazo indefinido y todos los gastos a que dicha custodia dé o pueda dar ocasión serán exclusivamente a cargo de los referidos museos. Consta relación de lotes de objetos depositados». El 28 de enero de 1983, reunidos en Barcelona, de una parte el Secretario General Técnico del Departamento de Cultura de la *Generalitat* de Cataluña, que actúa en su nombre y representación, y de otra parte Sor María Pilar Sanjoaquín y Gracia, en nombre y representación de Valldoreix, suscriben un documento de compraventa relativo a 44 obras artísticas inventariadas. El 21 abril 1983 el documento se elevó a escritura pública, en la que intervienen las mismas personas que en el privado, haciéndose constar que el precio pactado «está en trámite de pago», y la Priora aparece facultada por Secretario General y Canciller de la Diócesis de Lleida de 7 de febrero de 1983.

El 30 de abril de 1991, fechado en Barcelona y sellado por Valldoreix, la suscribiente en calidad de Madre Federal de la Orden y Priora de Valldoreix, escribe al Presidente de la *Generalitat* reclamando la restitución de determinados objetos artísticos, y solicita autorización para la venta de una parte y, simultáneamente, ofreciendo a la *Generalitat* el derecho de tanteo sobre dicha venta.

La sentencia hace constar que no existe documento formal y fehaciente que apruebe, con efectos canónicos y civiles, la fusión en una persona única de Sijena y Valldoreix, al margen de lo trans-

crito, si bien se refiere a la fusión una certificación expedida el 31 de marzo de 1992. El 30 de julio de 1992 la Priora de Valldoreix solicita permiso a la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada para vender a la *Generalitat* piezas de valor artístico y cultural por un valor de 45 millones de pesetas. Hace constar que proceden de Sijena; que la última Priora de éste había cedido tales bienes a Valldoreix; y que, aunque el Monasterio de Sijena no había sido suprimido formalmente, el edificio estaba entonces cedido a la Orden de Belén. La Ley española de 1985 del Patrimonio Español y el RD de desarrollo dicen que los bienes artísticos sólo podrán venderse a la Admón. Pública, cual es la *Generalitat*, la cual tiene algunas de sus piezas en su taller de restauración; el Consejo de Valldoreix, el Asistente Federal, así como las monjas supervivientes, han dado su voto favorable a esta venta, necesaria a causa de las deudas e hipoteca de Valldoreix.

El 27 de octubre de 1992 la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada emite su autorización para la venta. El 17 de diciembre de 1992 el *Conseller* de Cultura de la *Generalitat* y la Madre Federal de las Sanjuanistas y Priora de Valldoreix, facultada por la Congregación romana para los Institutos de Vida Consagrada, suscriben un documento privado de compraventa, relativo a 12 objetos, y de opción de compra, por otros 41. No consta su elevación a público. El 20 de junio de 1994 se suscribe contrato de compraventa con el *Museu Nacional d'Art de Catalunya* (MNAC) por el segundo conjunto de 41 objetos.

En abril de 2012 la Comunidad Autónoma de Aragón interpone demanda de nulidad de las compraventas antes descritas, siendo plenamente estimada. La sentencia fue apelada por la *Generalitat* y el MNAC. La Audiencia Provincial de Huesca desestimó los recursos de apelación.

La *Generalitat* de Cataluña y el *Museu Nacional d'Art de Catalunya* han interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial sendos recursos extraordinarios por infracción procesal, articulados en 7 motivos idénticos, y de casación, fundados en 4 motivos, también idénticos, por lo que ambos serán resueltos conjuntamente. El *Consorci del Museu de Lleida Diocesà y Comarcal* ha interpuesto un recurso extraordinario basado en 6 motivos, y otro de casación, en 11 motivos. La sentencia comparte la afirmación de ser pleito especialmente «difícil», pues se enfrentan dos Administraciones autonómicas, se debate sobre la propiedad y la posesión de objetos cuyo valor histórico-artístico se califica de incalculable, abarca desde 1923 hasta 1994, y son aplicables normas civiles, canónicas y de protección del patrimonio histórico-artístico.

La sentencia afirma que la demanda no tiene por objeto interferir en las competencias de la *Generalitat* sobre su patrimonio cultural, sino simplemente que se declare que determinados bienes no deberían integrar dicho patrimonio al ser nulas las respectivas adquisiciones, lo que en absoluto afecta a la competencia que sin duda corresponde a la *Generalitat* sobre el patrimonio que le pertenece legítimamente.

Demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 Huesca, el 9 de abril de 2012, contra

la *Generalitat* y contra la Orden de San Juan de Jerusalén; y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena el 8 de mayo de 2012. La *Generalitat* formuló declinatoria, resuelta por Auto 25 de febrero de 2013, a favor del Juzgado de Primera Instancia Huesca núm. 1. Se dio traslado como demandadas a las Sanjuanistas de Valldoreix y al MNAC de Barcelona. La *Generalitat* contestó solicitando desestimación y costas. La Federación de la Orden San Juan de Jerusalén se personó, pero no contestó a la demanda. La Orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena fue citada por edictos, no contestó y fue declarada en rebeldía, y también lo fueron las Sanjuanistas de Valldoreix. El MNAC solicitó la desestimación de la demanda. La sentencia de 8 de abril de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca estimó la demanda de la Comunidad Autónoma de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, declarando nulidad de pleno derecho de las compraventas por la *Generalitat* en 1983 y 1992, y por el MNAC de 1994, y que la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos es de la OSRMS, debiendo reintegrarse al Monasterio de Sijena. Se desestima también la demanda frente a la Federación Sanjuanista. La Audiencia Provincial, sección 1.ª Huesca, desestimó la apelación de la *Generalitat* y del MNAC, condenándolos en costas. La *Generalitat* interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en 7 motivos, y por casación basado en 4 motivos. MNAC se adhirió íntegramente a los mencionados. El Ayuntamiento de Sijena y la Comunidad Autónoma de Aragón se opusieron. Al no solicitarse por todas las partes vista pública, se señaló para votación y fallo el 15 de octubre de 2020. Por providencia de esa fecha decidió suspender la deliberación, pasando a conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose el 25 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar. (G. G. C.)

16. Requisitos para el ejercicio de la acción de saneamiento por evicción.—El artículo 1461 CC establece que «el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta». En razón de esta obligación, el vendedor responde frente al comprador, además de por los vicios o defectos ocultos (arts. 1474.2.º y 1484 y ss. CC) por la «posesión legal y pacífica de la cosa vendida» (arts. 1474.1.º y 1475 y ss. CC). La responsabilidad por evicción nace cuando el comprador es privado, por sentencia firme y en virtud de derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada (arts. 1475. I y 1480 CC). Por otra parte, la compraventa obliga al vendedor a poner al comprador en posesión pacífica y útil de la cosa, además de hacerle responder por evicción, como ha afirmado la Sala Primera del Tribunal Supremo desde antiguas sentencias (STS de 13 de abril de 1929) hasta otras más modernas (SSTS de 13 de mayo de 1983 o 9 de marzo de 2009).

Naturaleza obligacional del contrato de compraventa y determinación del concepto «pérdida de la cosa adquirida» del artículo 1480 CC.—La concreción de este término exige precisar la naturaleza jurídica del saneamiento, en estrecha relación con la configuración obligacional del contrato de compraventa. Al respecto, declaró la STS de 27 de mayo de 1982 que «mediante la construcción de la compraventa como contrato meramente productor de obligaciones (*inter contrahentes*, mas no *erga dominum*), solo impone al vendedor la obligación de entregar una cosa, o sea, una obligación cuyo objeto inmediato no es la cosa en sí, sino la prestación o entrega de la

misma en su día, quedando cumplida esa obligación (*vacuam possessionem traeder*) una vez efectuada la tradición, aunque la cosa no fuera propia del vendedor, en razón a que si respecto del *verus dominus* de las cosas vendidas por quien no es todavía propietario de ellas, la *venditio rei alienae* no producirá, en principio, efecto, alguno, pues para él es una *res inter alios acta*, que no puede repercutirle, por modo general, desfavorable ni favorablemente (*nobis nec nocet nec prodest*), sin embargo en la relación jurídica entre el vendedor y el comprador, si la tradición o entrega se consumó, y el *verus dominus* priva judicialmente al comprador de las cosas tradidas, entonces el vendedor queda obligado a dejar indemne a éste (*habere uti ferni licere*) al ser un valor del que el comprador se ve privado, como consecuencia de la obligación *ut rem emptore habere liceat (...)*».

De esta manera, en el modelo de compraventa romana, que sigue el Código civil español, «el vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvertirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, invistiéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa del dominio y otra que un negocio sea de transmisión del dominio» (STS de 27 de mayo de 1982). Por tanto, por la compraventa el vendedor se obliga a proporcionar al comprador esta situación de poder jurídico e inmediato sobre la cosa adquirida. El saneamiento para el caso de evicción es aquí la garantía. De tal modo, cualquier sentencia judicial firme que revierta aquel efecto resultante de la *traditio*, y genere un desapoderamiento o desinversión de aquel poder o señorío colmaría el requisito de la «pérdida de la cosa adquirida» del artículo 1480 CC.

En el artículo 1480 CC se subsumen de forma paradigmática, por tanto, los supuestos en que la respectiva sentencia resulte adversa al comprador, con independencia de que este haya actuado como demandado o demandante en el procedimiento, siempre que la sentencia haya recaído en un procedimiento declarativo y plenario, con efecto de cosa juzgada, y cuyo objeto haya sido precisamente dimir la titularidad del dominio de la cosa, la validez, eficacia u oponibilidad del título. Es indiferente si la sentencia trae causa de una acción declarativa del dominio o de una acción reivindicatoria, porque junto con el pronunciamiento declarativo sobre el derecho se ha solicitado también la restitución de la posesión *ex* artículo 348. II CC. Como ha señalado la STS de 3 de junio de 1964: «la acción que el artículo 348 CC otorga al propietario, como fundamental defensa de su derecho, tiene un amplio contenido que la doctrina ha ido determinando, al comprender en ella tanto al que se dirige contra el tenedor o poseedor de la cosa, para reintegrarla al dueño, acción estrictamente reivindicatoria, cuanto la que pretende la afirmación del derecho dominical ante el que, en cualquier forma, le desconoce acción declarativa, y asimismo cabe incluir en su ámbito todas aquellas acciones que, sin tener en la Ley una reglamentación específica van dirigidas ya a la inicial afirmación del derecho de propiedad, cuanto a fijar materialmente el objeto sobre el que éste recae y a hacer efectivos los derechos de gozar y disponer que constituyen la esencia del dominio, eliminando cuantos actos materiales o jurídicos se realicen contra la afirmación del derecho o contra su efectividad práctica (...)».

Entre las acciones que protegen el dominio resulta prototípica, junto con la declarativa del dominio y la negatoria, la acción reivindicatoria («*ius vindicandi*»), que es la que «puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor que, frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión» (SSTS de 1 de marzo de 1954 y 25 de junio de 1998),

y cuyo éxito requiere que concurren tres requisitos: 1) que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama; 2) la identificación exacta de la misma; y 3) la detentación o posesión de la misma por el demandado (SSTS de 10 de junio de 1969 y 25 de junio de 1998). Lo que caracteriza a la acción reivindicatoria frente a la declarativa del dominio es que la demanda se dirige frente a quien tiene en su poder la cosa cuya restitución se reclama, y su prosperabilidad requiere, además de la prueba de la propiedad del actor y la identificación de la finca, que el demandado no ostente ningún derecho que legitime su pretensión de retener.

Supuestos en que no es preceptiva la acumulación de acción de nulidad de título del demandado y de acción reivindicatoria, como precedentes de la acción de saneamiento por evicción.—La STS 717/1999, de 30 de julio, recordando una antigua STS de 23 de octubre de 1957, establecía que «la nulidad del título del demandado no es obligado declararla previamente, cuando es consecuencia necesaria e ineludible del ejercicio de la acción reivindicatoria». Esta postura venía reproducida también en la STS de 21 de diciembre de 1984, con arreglo a la cual: «la doctrina que proclama que si el poseedor demandado tiene un título más o menos firme no puede entablarse con éxito la acción declarativa o reivindicatoria sin atacar previamente, o a la vez, la eficacia del mismo, admite numerosas excepciones, entre otras, cuando el título del demandante es anterior al del demandado, cuando la nulidad del título en cuya virtud posee y en el cual funda su derecho el demandado es consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, cuando los respectivos títulos se derivan de documentos independientes entre sí, cuando se discuten cuestiones de preferencia o no sean contradictorias (...), y, también, en los casos en los que la cuestión planteada no se inscribe en el círculo de las nulidades documentales por falta de alguno de los requisitos del contrato o por adolecer de vicios que los invalidan».

Cuando los títulos invocados por el demandante y por el demandado derivan de documentos independientes entre sí y contradictorios, no es necesario acumular la acción de nulidad del título que obsta al éxito de la acción reivindicatoria.—Lo relevante aquí es que el éxito de la reivindicación determina la nulidad o ineficacia enervante del título del demandado frente al actor. Del mismo modo, el fracaso de la acción presupone la validez o mejor derecho del título del demandado. (STS de 23 de marzo de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En abril de 1996, Edemiro (fallecido en el año 2000 y padre del demandante, Aquilino) vendió a Amadeo una finca rústica. Tras producirse una rencilla entre Amadeo y Aquilino, fue privado en noviembre de 2010 de la posesión de la finca por Aquilino, tras haberse promovido conciliación sin avenencia. En junio de 2011 Amadeo ejercita infructuosamente acción reivindicatoria contra Aquilino, que la Audiencia Provincial desestima en abril de 2013, por no haberse dirigido la demanda contra un poseedor no propietario. Tras interponer también una querrela por falsedad documental, archivada también por la Audiencia, Amadeo interpone en noviembre de 2015 demanda de juicio ordinario contra Aquilino, solicitando que se declare su derecho al saneamiento por evicción y al cobro, en su virtud, de 30.000 euros. Tras la contestación de Aquilino, la demanda de Amadeo y la posterior apelación fueron desestimadas en abril de 2017 y en abril de 2018 respectivamente. (B. B. M.)

17. Interpretación de un contrato de naturaleza compleja que excede del ámbito de un arrendamiento típico.—La realidad comercial subyacente excede del ámbito de un arrendamiento típico cuando un sujeto vende un inmueble a otro sujeto y, dos días después, ambos celebran un contrato de arrendamiento sobre el mismo inmueble. Ello queda reforzado cuando, además, ambos son profesionales del sector inmobiliario, acuerdan una opción de compra en favor del arrendatario y una prórroga convencional forzosa para el arrendador y de duración indefinida.

Ante la peculiaridad de un contrato de arrendamiento celebrado en este contexto y con estos términos, se ha de afirmar que nos encontramos ante un contrato de naturaleza compleja, que excede del ámbito de un arrendamiento típico. Por tanto, el contrato ha de ser analizado como un todo, con prestaciones enlazadas bajo la mutua dependencia, hasta el punto de constituir una unidad funcional que no puede desarticularse, so riesgo de alterar la voluntad de los contratantes.

En concreto, la prórroga convencional sujeta a la exclusiva voluntad del arrendatario y de duración indefinida no supone quebranto legal alguno, sino que supone una manifestación de la libertad contractual consagrada en el artículo 1255 CC. (STS de 9 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La mercantil «El Sol» (arrendador) interpone demanda de juicio verbal de desahucio contra Laura (arrendataria). «El Sol» alega la extinción del contrato de arrendamiento de vivienda que les une por expiración del plazo de duración. La demanda es desestimada, pues entiende el Juzgado que la voluntad de someter el contrato a prórroga forzosa e indefinida para el arrendador es clara, tanto si se atiende a la literalidad de una de las cláusulas del contrato, como al carácter profesional de la arrendadora en el campo de la administración inmobiliaria y a los actos previos al contrato (dos días antes de la celebración del arrendamiento, la vivienda había sido vendida por Laura a «El Sol»).

La sentencia es recurrida en apelación por «El Sol». El recurso es estimado. Entiende la Audiencia que la prórroga supone una excepción al principio general de la temporalidad de los arrendamientos, por lo que debe ser interpretada en sentido estricto. En consecuencia, la citada cláusula sobre la prórroga forzosa de duración indefinida resulta contraria a la naturaleza del arriendo como cesión temporal de una cosa, de conformidad con el artículo 1543 CC, por lo que carece de fuerza para ser exigida coercitivamente. Ante esta situación, deben aplicarse los artículos 9 y 10 LAU 1994, por lo que se declara resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda. Por tanto, Laura debe abandonar la vivienda en los plazos legales, so pena de lanzamiento.

Laura interpone recurso de casación. El recurso es estimado sobre la base de la necesidad de interpretar la relación entre las partes como una relación comercial compleja, que excede del ámbito de un arrendamiento típico, por lo que no resultan de aplicación los artículos 9 y 10 LAU 1994. Por tanto, no cabe dudas sobre la legalidad de una prórroga convencional forzosa para el arrendador y de duración indefinida con base en la libertad contractual. (T. R. C.)

18. Arrendamiento de vivienda protegida y desahucio del arrendatario por expiración del plazo.—De conformidad con la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando el arrendador interpone una demanda de resolución del arrendamiento por expiración del plazo, tras la denuncia del contrato sin desalojo del arrendatario, su pretensión decaerá si el objeto del arrendamiento recae en una vivienda protegida de promoción pública, cuya transmisión a una sociedad mercantil se ha declarado nula por sentencia firme. (STS de 23 de febrero de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 6 de marzo de 2009, María Rosario suscribió con el Instituto de la Vivienda de Madrid un contrato de arrendamiento que tenía por objeto la vivienda y garaje anexo, por entonces propiedad de dicha entidad pública. El plazo del arrendamiento de vivienda, de conformidad con el contrato suscrito por las partes, tenía una vigencia de un año, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos respecto del plazo mínimo y prórroga del contrato.

Con fecha 25 de octubre de 2013, la entidad Encasa Cibeles S.L.U., constituida un mes antes y cuyo objeto era la compraventa de inmuebles de naturaleza urbana y su explotación en arrendamiento, suscribió con el Instituto de la Vivienda de Madrid una escritura de compraventa y subrogación hipotecaria sobre un total de 2.935 viviendas pertenecientes a 32 promociones ubicadas en distintas zonas de la Comunidad de Madrid, y en cuya virtud la sociedad compradora se subrogó como parte arrendadora en el referido contrato de arrendamiento.

Con fecha 13 de diciembre de 2016, Encasa Cibeles S.L.U. requirió a la arrendataria comunicándole que el contrato finalizaría el 6 de marzo de 2017, extinguiéndose en esta fecha. La arrendataria contestó al requerimiento por escrito de fecha 28 de diciembre de 2016 alegando no reconocer la propiedad de la requirente por la existencia de indicios de criminalidad que ponían en duda la legalidad de la venta y que estaban investigándose por un juzgado de instrucción, y negando que el plazo del arrendamiento hubiera expirado.

Con fecha 23 de junio de 2017, Encasa interpuso una demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por expiración del plazo, solicitando la resolución del contrato y el desahucio de la arrendataria, con apercibimiento de lanzamiento. La arrendataria se opuso a la demanda, reiterando los motivos anteriores. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas a la demandante, por inexistencia de prejudicialidad penal, y por falta de expiración del plazo de duración aplicable.

La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación de la demandante, confirmó la sentencia apelada con imposición costas a la apelante, por diversas razones. En primer lugar, el plazo aplicable a dicho arrendamiento (art. 3 Decreto 100/1986) por tratarse de una vivienda protegida de protección pública es de dos años y sucesivas prórrogas anuales, y que la vivienda arrendada es de promoción pública, y no solo de protección pública. La demandante interpuso contra dicha sentencia

recurso de casación por interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

NOTA.—El Tribunal Supremo determina que la firmeza del pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, que declara la nulidad de todo el procedimiento que culminó en el otorgamiento de dicha escritura de compraventa, motiva la falta de cumplimiento del fin al que las viviendas protegidas de promoción pública debía sujetarse. De esta consideración, se extraen dos conclusiones. Por una parte, al arrendatario de una vivienda protegida no le es indiferente quién sea el arrendador, en atención a las futuras, pero ciertas, consecuencias negativas derivadas de la desaparición de los beneficios y fines sociales; lo califica de interés legítimo para legitimar activamente su pretensión en la jurisdicción, por ser un tercero respecto de la compraventa de las viviendas. Por otra parte, en virtud de la nulidad de dicha compraventa declarada en sentencia firme, se ha producido una falta sobrevenida de acción por nulidad del título en que la misma se fundamentaba. (C. A. C.)

19. Ejecución hipotecaria. Resolución del arrendamiento. Precario.—Según el Tribunal Supremo, tras la reforma del artículo 13 LAU por la Ley 4/2013, en casos de enajenación forzosa, el derecho del arrendador y el propio contrato de arrendamiento se extinguen *ipso iure*, salvo que dicho contrato se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca ejecutado. En el caso enjuiciado por la Sala, se daría el supuesto contemplado de la pérdida por extinción del título que legitimaba la posesión de los demandados que, en consecuencia, se hallarían en situación de precario. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que el adjudicatario y el arrendatario concierten un nuevo contrato de arrendamiento. En el presente caso concurre la circunstancia, contraria a la idea de la eventual existencia de ese nuevo contrato, de que, desde la enajenación forzosa del inmueble y su adquisición por la sociedad demandante, los demandados no han abonado la renta a la nueva entidad propietaria del inmueble, la cual tampoco consta la exigiese antes de la formulación de la demanda. Pero no cabe que ante el impago de la renta arrendaticia, iniciado con el cambio de propietario por la adjudicación de la finca en ejecución hipotecaria, y el aquietamiento durante un periodo de más de dos años y medio del nuevo propietario sin instar el desahucio ni reclamarlas rentas atrasadas se pretenda que reviva una relación arrendaticia que feneció automáticamente por ministerio de la ley al consumarse la enajenación forzosa de la finca. **(STS de 1 de marzo de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 5 de marzo de 2014, una mercantil concertó con dos personas físicas, como arrendatarios, un contrato de arrendamiento cuyo objeto fue una vivienda. La SAREB es la propietaria actual de la vivienda, tras serle adjudicada en el procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante decreto de adjudicación, de fecha 1 de septiembre de 2014. Los demandados no abonaron las rentas correspondientes a los meses de octubre de 2014 a mayo de 2017, por importe total de 17.904,40 euros. SAREB interpuso demanda en la que solicitaba: (i) la declaración de resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de las cantidades pactadas en con-

cepto de renta; (ii) la condena a los demandados a desalojar la finca, decretándose su desahucio, y al pago de las rentas adeudadas y de las que se devenguen durante la tramitación del procedimiento; y (iii) la condena al pago de los intereses legales y de demora, y al pago de las costas causadas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial.

Los demandados interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula en parte la sentencia de apelación, que declara sin valor ni efecto alguno en cuanto a los pronunciamientos relativos a la condena al pago de las rentas arrendaticias impagadas y a la declaración de resolución del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes por falta de pago de las rentas pactadas desde la enajenación forzosa de la finca por la demandante. Con todo, se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en el sentido de estimar en parte la demanda en cuanto a la pretensión de condenar a los demandados al desalojo de la finca ocupada. (*J. M.^a M. F.*)

20. Hipoteca «tranquilidad». Intereses remuneratorios. Sistema de amortización. Control de transparencia.—Las cláusulas impugnadas afectan a las dos principales obligaciones del prestatario: la devolución o reembolso del capital en el plazo y forma pactados, y el pago de los correspondientes intereses remuneratorios. En consecuencia, afectan a elementos esenciales del préstamo hipotecario, en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, conforme al cual: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. En este caso, el funcionamiento del interés remuneratorio está claramente explicado en la documentación contractual. Las cláusulas impugnadas se ordenan según su finalidad. Los datos cuantitativos del tipo fijo inicial y los diferenciales aparecen destacados tipográficamente, al igual que el número de cuotas de amortización. Las reglas sobre la amortización del préstamo están claramente fijadas sin redacciones ambiguas u oscuras, ni remisiones a cláusulas distintas, ni anexos u otros documentos. La regulación contractual sobre los intereses ordinarios es clara. Dada la ausencia de limitación a la variabilidad (incluso ausencia en el primer tramo de vida del contrato de la propia variabilidad), no tiene sentido

exigir al prestamista información sobre previsible comportamientos del euríbor o el coste comparativo de otros productos para asegurar esa variabilidad, ni la expresa indicación del carácter esencial de una cláusula limitativa que no existe. No hay cláusula sorprendente, ni frustración de expectativa o alteración subrepticia de los elementos esenciales que el consumidor pudo entender contratados. Como las cláusulas litigiosas sobre el interés remuneratorio son transparentes, resulta improcedente realizar el control de abusividad, habida cuenta que dicho interés es el precio del contrato (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE). (STS de 23 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Los prestatarios suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con el Banco Español de Crédito, denominado «hipoteca tranquilidad». Los prestatarios formularon una demanda de juicio ordinario contra la mencionada entidad financiera, en la que solicitaron la nulidad —entre otras— de las indicadas cláusulas relativas a los intereses remuneratorios pactados, con el consiguiente recálculo de las cuotas hipotecarias. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó la nulidad de las mencionadas cláusulas, ordenó el re-cálculo de las cuotas a razón de Euríbor más 0,7% a un plazo de cuarenta años y condenó a la demandada a restituir a los demandantes las cantidades cobradas en exceso.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue recurrida en apelación por el Banco demandado. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

El Banco interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el recurso. (J. M.^a M. F.)

21. Novación de cláusulas suelo insertas en préstamos hipotecarios: control de transparencia de la nueva cláusula suelo predispuesta que modifica la cláusula suelo inicial.—Resulta posible modificar la cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario, aunque fuera potencialmente nula, siempre que tal novación, de ser predispuesta por el empresario, supere el control de transparencia (SSTS, de Pleno, 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre). Esta exigencia requiere que el consumidor se encuentre en condiciones de comprender las consecuencias económicas de la cláusula suelo. Sin embargo, no impone al profesional informar de manera precisa acerca del impacto económico de la cláusula, pues el valor exacto del índice variable que sirve para calcular los intereses depende de acontecimientos futuros imprevisibles y ajenos a su voluntad. En cambio, la información sobre la evolución pasada del índice constituye un elemento que permite al consumidor tomar conciencia de las consecuencias económicas de la cláusula suelo (STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18). La transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés nunca bajará del límite pactado, no es suficiente por sí sola para afirmar que la novación fue negociada, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Se supera el control de transparencia si consta el conocimiento de la evolución pasada del índice a partir del que se calcula el tipo de interés y de sus concretas consecuencias económicas

por la incidencia práctica que tal variación ha tenido en la cuantía de las cuotas periódicas. A lo anterior apoya que esta variación es objeto de publicación por el Banco de España.

Renuncia por consumidor al ejercicio de acciones dentro de acuerdo transaccional mediante el que se acepta una nueva cláusula suelo: necesaria limitación a las controversias existentes, y aplicación de los parámetros del control de transparencia.—Es válida la transacción sobre una cláusula suelo potencialmente nula si, en caso de predisposición empresarial, supera las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor disponga de la información necesaria que le permita comprender sus consecuencias jurídicas. En cambio, no vincula al consumidor la renuncia, sobre controversias futuras, a acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 (STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18). Por ello, debe tenerse por no puesta la cláusula mediante la que se renuncia con carácter genérico a cualquier acción que traiga causa de la formalización y clausulado del contrato de préstamo, que no se limita a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a los pagos realizados durante su aplicación. Lo anterior conlleva que subsista la acción de nulidad de la cláusula suelo inicial, y proceda la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en su aplicación.

Subsistencia de la acción de nulidad de cláusula suelo inicial.—El acuerdo novatorio no supone la extinción de la acción nulidad de la cláusula suelo inicial porque las normas que regulan la confirmación (arts. 1309 y 1313 CC) no resultan aplicables a los supuestos de nulidad absoluta, como son las cláusulas abusivas de acuerdo con los artículos 8.2 LCGC y 83 TRLGDCU, sin que el consumidor pueda quedar vinculado por ellas, como señala el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 (STS 454/2020, de 23 de julio).

Carácter predispuesto de las cláusulas novatorias y de renuncia: calificación como condición general de la contratación.—Las cláusulas no negociadas individualmente son aquellas redactadas previamente por el profesional con vistas a su utilización generalizada sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido (STJUE de 15 de enero de 2015, C-537/13). Tales caracteres pueden concurrir en una cláusula que tiene por objeto modificar otra potencialmente abusiva de un contrato anterior. La circunstancia de que dicho acuerdo novatorio se enmarque en una política de renegociación de los contratos de préstamo que incluyan cláusulas suelo podría constituir un indicio de que el otro contratante no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula (STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18). (STS de 4 de febrero de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Esta sentencia tiene por objeto la nulidad de una cláusula suelo de un 3,25% inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria de una vivienda, suscrito en julio de 2011, y la consecuente petición de condena a devolver las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria en su aplicación. Igualmente se instó la declaración de nulidad de una nueva cláusula suelo del 2,25%, pactada en un documento privado en noviembre de 2013 en el que los prestatarios transcribieron de forma manuscrita: «*soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual*»; así como de otra cláusula mediante la que, en referencia al contrato originario, renunciaron genéricamente a «*cualquier acción que traiga causa*

de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». En el acuerdo constaba el valor del índice de referencia en ese momento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nulas las cláusulas suelo original y posterior, así como la renuncia al ejercicio de acciones. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria. Ésta presentó recurso de casación alegando infracción del principio de libertad contractual y de la regulación de la transacción realizada por los artículos 1809, 1816 y 1819 CC, que le atribuye fuerza de cosa juzgada; la infracción del artículo 6 CC, al considerar válida la renuncia realizada, e infracción de los artículos 1309 y 1313 C, por entender que se habría convalidado el contrato inicial. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia admite la validez de los pactos suscritos en una política de renegociación realizada en el escenario de incertidumbre que se dio entre la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró abusivas las cláusulas suelo, y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que estableció los efectos retroactivos de tal declaración. Esta doctrina ha tenido continuidad desde la STS, de Pleno, 205/2018, de 11 de abril (véase, entre otras, SSTS 335/2021, de 18 de mayo, y 924/2021, de 23 de diciembre). Ahora bien, resulta casuística la apreciación de la nulidad de la renuncia a las cantidades abonadas, pues dependerá del tiempo transcurrido desde la STS de 9 de mayo de 2013 y la fecha del acuerdo. Así, la STS 675/2020, de 15 de diciembre, admitió su validez por haberse realizado solo tres meses después de la STS de 9 de mayo de 2013; en cambio, la STS 261/2021, de 20 de abril, declaró su nulidad al haber transcurrido ocho meses, pues el consumidor no podía calcular fácilmente las consecuencias económicas de la renuncia, aun cuando se le facilitara el valor del Euríbor vigente en tal momento. La admisión de estas renunciaciones debería pasar porque la entidad bancaria informara de su impacto económico, lo que sería más plausible que remitir al consumidor a realizar cálculos financieros, como hace la STJUE de 9 de julio de 2020, que parte de la existencia de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, que no siempre se da (véase Cámara Lapuente, S., «La STJUE de 9 de julio de 2020 [C-452/18] sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?» *Almacén de Derecho*, 10 de julio de 2020). Así, la STS 63/2021, de 9 de febrero, señaló que los argumentos de la publicación oficial del índice de referencia y de la constancia del vigente en el acuerdo, no pueden utilizarse para enjuiciar la validez de una renuncia —que se limitaba a la controversia suscitada sobre la cláusula suelo— cuando habían transcurrido casi tres años desde la STS de 9 de mayo de 2013. Se declaró su nulidad pues la insuficiencia de la información suministrada (el Euríbor de los dos últimos años, el máximo y mínimo de los últimos quince años y la cuota que debiera pagar de aplicarse tales topes) no permitiría a un consumidor perspicaz realizar al menos un cálculo estimativo de la cuantía a la que renunciaba. (F. S. N.)

22. Gastos notariales e impuestos ligados a préstamos hipotecarios: consecuencias de la abusividad de la cláusula que los impone al prestatario.—De conformidad con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que carga al consumidor prestatario con el pago de la totalidad de los gastos derivados del préstamo hipotecario, conlleva su inaplicación y la distribución de tales gastos en función de las disposiciones legales aplicables supletoriamente (STS, de Pleno, 48/2019, de 23 de enero). Si tales normas atribuyen al prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 no se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de los gastos que deba soportar (STJUE de 16 de julio de 2020 [C-224/19 y C-259/19]).

Distribución de gastos notariales.—El artículo 63 del RN, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, *por el que se aprueba el Arancel de los Notarios*, impone la obligación de pagar los aranceles a los interesados, sin especificar si a efectos de la redacción de la matriz de la escritura de préstamo lo es el prestatario o el prestamista. Al ser el préstamo hipotecario una realidad inescindible, en la que está interesado tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la garantía hipotecaria—, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos de su otorgamiento. Idéntico criterio resulta aplicable a la escritura de modificación del préstamo, pues ambas partes están interesadas en ella. En cambio, los gastos de la escritura de cancelación de la hipoteca corresponden al prestatario, al ser el interesado en la liberación de la carga. Y los gastos por la expedición de copias de las distintas escrituras relacionadas con el préstamo, pertenecen a quien las solicite, en tanto interesado (STS, de Pleno, 48/2019, de 23 de enero).

Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.—En lo que afecta al pago de este impuesto habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto a la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario; b) En lo que concierne al pago del impuesto, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario; c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan las escrituras, respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite; y d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados (STS, de Pleno, 48/2019, de 23 de enero, y SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo). **(STS de 15 de febrero de 2021; ha lugar en parte.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 2002 unos consumidores concertaron un contrato de préstamo hipotecario con una entidad bancaria, en el que se atribuyó a los primeros el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca, los impuestos originados por la operación crediticia y los gastos de gestión derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora. Los prestatarios solicitaron la declara-

ción de nulidad de la correspondiente cláusula, la condena al banco demandado a eliminarla del contrato y a devolverles las cantidades abonadas en su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pronunciamiento que sería confirmado por la Audiencia Provincial. La entidad bancaria interpuso recurso de casación articulado en tres motivos que giraban en torno al pago de los aranceles notariales y del referido tributo. En el primero alegó vulneración del artículo 83 TRLGDCU, en relación con el artículo 1303 CC, y la doctrina de otras audiencias provinciales según la cual, tras la declaración de nulidad de una cláusula de gastos, procede la determinación en cada caso de la obligación de restitución inherente a tal declaración. El segundo motivo se fundamentó en la contravención del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en relación con la normativa reguladora de los aranceles notariales, citando pronunciamientos contradictorios de otras audiencias que, tras la declaración de nulidad, acudieron a las normas que determinan a quién corresponde su pago. El último motivo alegó vulneración del artículo 89.3 c) TRLGDCU, en relación con el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RD Legislativo 1/1993, y el artículo 68 del Reglamento regulador de dichos impuestos, aprobado por el RD 828/1995; preceptos que atribuyen al prestatario la condición de sujeto pasivo del impuesto. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación.

NOTA.—La distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario, tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, se realiza de forma imperativa por su artículo 14.1e). Además, el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, ha modificado el artículo 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, para establecer que, en el caso de escrituras de préstamo hipotecario, el prestamista será el sujeto pasivo. No obstante, ello solo es aplicable a las operaciones escrituradas desde el 10 de noviembre de 2018, al no poseer efecto retroactivo el Real Decreto-Ley (véase Díaz de Lezcano Sevillano, I., *ADC*, 2019-II, p. 648, y *ADC*, 2020-III, p. 1.299). (F. S. N.)

23. Interpretación de los contratos. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.—El Tribunal Supremo considera que no es posible atribuir naturaleza de condición delimitadora del riesgo a una cláusula que va en contra de la propia normativa del seguro obligatorio suscrito. En el caso enjuiciado, la misma póliza señala que la entidad aseguradora se compromete a dar cobertura al asegurado en los términos previstos en el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, disposición normativa que no excluye de la condición de tercero a los familiares del asegurado. El Tribunal afirma que una cláusula de exclusión como la expuesta podría ser incluso calificada como lesiva (art. 3 LSC), en tanto en cuanto reduce el derecho del asegurado vaciándolo de su contenido legal obligatorio (SSTS 303/2003, de 20 de marzo y 273/2016, de 22 de abril).

Los intereses del artículo 20 LSC.—Es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero

y 419/2020, de 13 de julio, entre otras) que los intereses del artículo 20 LSC poseen un carácter marcadamente sancionador, por lo que las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar deben ser interpretadas restrictivamente. Todo ello con el objetivo de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

La sentencia razona que el mero hecho de judicializar la reclamación no puede dejar sin efecto la aplicación del artículo 20 LSC, pues de lo contrario, esta quedaría subordinada a la oposición de las compañías de seguro. Únicamente cuando la intervención judicial sea necesaria para determinar el derecho a la indemnización y la oposición por parte de la compañía sea razonable, podrá ser de aplicación la causa justificada a la que hace referencia el artículo 20.8 LSC (STS 317/2018, de 30 de mayo).

Pólizas de seguro. Seguro en materia de caza.—El seguro obligatorio del cazador se encuentra regulado en el Real Decreto 63/1994, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador. Se trata de un seguro de responsabilidad civil del cazador con armas que comprende los daños que se puedan causar con ocasión de la acción de cazar. Se configura como un seguro obligatorio (arts. 73 a 76 LCS), sin el cual no es posible obtener la licencia de caza ni practicarla. Su ámbito de cobertura abarca la obligación de indemnizar los daños corporales causados a las personas en el ejercicio de la caza, siendo objeto expreso de aseguramiento los disparos involuntarios y los ocasionados en tiempo de descanso de la actividad de caza. Su límite cuantitativo es de 90.151,82 euros por víctima, sin perjuicio de que puedan pactarse seguros voluntarios que excedan de ese límite. **(STS de 23 de febrero de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En el ejercicio de la caza, Sabino resulta herido por un disparo con arma de fuego efectuado por su hijo Adriano. Este último contaba con las licencias preceptivas y con el seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador. En el artículo primero de las condiciones generales de la póliza suscrita constaba que la empresa aseguradora garantizaba la indemnización de los daños personales causados a terceros con ocasión de la acción de cazar. No obstante, en la definición de lo que debe entenderse por tercero en el preliminar de las condiciones particulares, se establecía que esta condición «la reúne cualquier persona física o jurídica distinta de: [...] b) Los cónyuges, (de hecho y de derecho), ascendientes, descendientes y colaterales del tomador del seguro y asegurados». Sabino interpuso demanda de juicio ordinario contra la compañía aseguradora (Generali España S. A.) solicitando que se condenara a la misma a satisfacer al demandante la cantidad de 50.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

Esta resolución fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó parcialmente el recurso, condenando a la Generali España S. A. al pago de 15.073,38 euros.

Contra la referida sentencia se interpuso recurso de casación por parte de la compañía aseguradora. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. *(M. S. G.)*

24. Contrato de seguro y cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.—A criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, las partes contratantes son libres para pactar en un contrato de seguro niveles de cobertura de los gastos de defensa jurídica mayores, mediante el pago por el asegurado de una prima superior. Asimismo, determina que el ejercicio del derecho del asegurado de elegir libremente a su representante legal no excluye que se establezcan limitaciones a los gastos soportados por las compañías aseguradoras, siempre que no se vacíe de contenido la libertad de elección por el asegurado del representante, y que la indemnización efectivamente abonada sea suficiente. (**STS de 24 de febrero de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Juan Miguel concertó el 25 de enero de 2002 un contrato de seguro de automóvil con Fiatc, que se fue renovando a su vencimiento de manera anual durante los años siguientes. En las condiciones particulares de la póliza se incluía la defensa jurídica. En las cláusulas particulares, el asegurador se comprometía a garantizar a su cargo, sin límite alguno, todos los gastos necesarios para la defensa y reclamación de los intereses del asegurado cuando los servicios sean prestados por el mismo. Asimismo, si el asegurado ejerce su derecho a la libre elección de abogado y procurador, el asegurador se compromete a abonar hasta el límite máximo de 600 euros.

Estando vigente el contrato de seguro, Juan Miguel falleció el 26 de septiembre de 2010 en un accidente provocado por otro conductor que circulaba bajo los efectos del alcohol. Ante las retenciones de Generali, como aseguradora del vehículo causante del accidente, a pagar la indemnización correspondiente, Lorenza y Silvio, esposa e hijo del fallecido respectivamente, designaron libremente letrado que les permitiera ejercer libremente la defensa de sus intereses, hecho que comunicaron el 23 de noviembre de 2010 a Fiatc. Lorenza y Silvio abonaron los importes pactados en el contrato de arrendamiento de servicios por la representación y defensa, por importes de 31.183,35 y 3.090,18 euros. Los honorarios se reclamaron a Fiatc quien, tras varias gestiones y requerimientos, acabó emitiendo un cheque a nombre de Lorenza por importe de 600 euros, por tratarse del límite que está cubierto en la póliza de seguro.

Lorenza y Silvio, en su condición de herederos del Juan Miguel, interponen demanda contra Fiatc por la que solicitan el abono da la factura pagada, descontando los 600 euros ya abonados, al considerar que la cláusula por la que se limitaba la cuantía debía ser dejada sin efecto por nula (art. 3 LCS). El juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó a Fiatc a pagar la cantidad solicitada, porque la cláusula relativa a la defensa jurídica era limitativa y no aparecía destacada respecto de las restantes condiciones del contrato de seguro.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Fiatc, y la Audiencia Provincial estimó el recurso. El fundamento es que la cobertura de la defensa jurídica debía relacionarse directamente con el importe de la prima del contrato de seguro. Los demandantes interponen recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo establece que la claridad y precisión es exigible a todas las cláusulas del contrato de seguro, tanto si están incluidas en las condiciones generales como en las particulares. Las formalidades (art. 3 LCS) para las cláusulas limitativas que condicionan o modifican el derecho a cobrar la indemnización suponen un plus con el fin de comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto. Cuando las cláusulas sean claras, y en su caso hayan superado las exigencias formales de aceptación, no revestirán carácter lesivo alguno. Además, el artículo 76 LCS excluye de la regulación propia del contrato de seguro de defensa jurídica a la denominada defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil; recuerda que la facultad de libre designación de profesionales es contenido propio del contrato de seguro de defensa jurídica, y no del de responsabilidad civil. La cláusula que delimita cuantitativamente el objeto asegurado, aunque en principio pueda calificarse como delimitadora del riesgo, puede ser limitativa de derechos e incluso lesiva si fija unos límites notoriamente insuficientes en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil. (C. A. C.)

25. Responsabilidad por derribo de edificación en finca colindante. Inmuebles separados por pared medianera.—No existe incompatibilidad jurídica entre derribar la construcción colindante con la conservación de los derechos sobre el muro medianero para una posterior edificación adherida y disfrutar en ella de los derechos de los artículos 577 y 599 CC. Todo ello, sin perjuicio de los efectos que sobre la extinción de la medianería puedan derivarse, en su caso, de no levantar la construcción en el plazo de 20 años, por aplicación del artículo 546.2.º CC.

La demolición del inmueble colindante no presupone la renuncia de la medianería.—En consecuencia, la acción de indemnización de daños y perjuicios se ejercitó en base a los artículos 1902 y 1903 CC y versaba únicamente sobre la cuantía de las medidas preventivas que debían adoptarse por la situación en que quedó la pared medianera tras la demolición del edificio de los demandados, al descubrirlo.

El daño: concepto jurisprudencial.—La jurisprudencia identifica el daño como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento y evento determinado sufre un sujeto de derecho, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio, dentro de los cuales se encontrarían aquéllos desperfectos constitutivos de un peligro grave, cierto, objetivo y persistente (STS del Pleno 221/2014, de 5 de mayo). (STS de 4 de febrero de 2021; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora, propietaria de una casa, demandó a los dueños del edificio colindante, separado por pared medianera, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por la demolición de este último, que se encontraba en estado ruinoso y se había abordado sin licencia, proyecto, ni dirección técnica por parte de arquitecto o aparejador.

Quedó demostrado que el daño en la pared medianera fue consecuencia directa de la demolición de la edificación de los demandados al dejar el muro sin protección.

El juzgado declaró la responsabilidad de los demandados, considerando que esta responsabilidad consistió en una negligente actuación en la conservación y reparación del muro medianero. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo admitió en parte el recurso de casación de la actora, al elevar el montante indemnizatorio establecido en primera instancia.

NOTA.—En general, han de quedar indemnes, tras la demolición, todas las construcciones que se apoyen en la pared medianera, porque se trata de evitar daños al vecino o vecinos en la medianería y en sus edificios con ocasión del derribo. A tal finalidad, son de cuenta del propietario que demuele su edificio contiguo todas las reparaciones y obras que el derribo exige (véase, Alonso Pérez, M., en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, I, Madrid 1993, p. 1471). (I. D.—L.)

26. La doctrina del riesgo. Requisitos de aplicación.—La culpa es el criterio ordinario de imputación del daño sobre el que se construye el artículo 1902 CC. Sin embargo, una actividad peligrosa también puede constituir un título legítimo de imputación del daño. De la configuración jurisprudencial de esta doctrina (SSTS 720/2008, de 23 de julio, 185/2016, de 18 de marzo y 187/2012, de 29 de marzo) cabe destacar: 1) Que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en nuestro Derecho, sino que exige la concurrencia del elemento de la culpa; 2) Que la doctrina del riesgo se aplica a actividades anormalmente peligrosas que son susceptibles de causar daños especialmente significativos, fundamentalmente en la salud de las personas; 3) Que en estos casos se produce una elevación de los estándares de diligencia exigibles a quien explota, controla o debe controlar la actividad, en proporción al incremento del riesgo que genera para terceros; 4) Que se produce una inversión de la carga de la prueba, atribuyéndose a quien gestiona la actividad.

La doctrina del riesgo. Aplicación a los «pasivos ambientales». Deber de actualización de los conocimientos.—El Tribunal Supremo argumenta que, en los casos en los que se lleva a cabo una actividad especialmente riesgosa cuyos efectos nocivos son descubiertos a medida que progresa el estado de la ciencia, quien explota la actividad debe extremar sus precauciones, realizando una evaluación permanente de los peligros inherentes. La sentencia destaca que en los daños ambientales existe además el deber de actualizarse continuamente cara a la utilización de las mejores técnicas para evitar los daños, siempre que se pueda acceder a las mismas en condiciones razonables. En este sentido, ni el hecho de que la actividad cuente con autorización administrativa ni la inexistencia de sanciones implica la ausencia de responsabilidad.

La doctrina del riesgo: Aplicación a los «pasivos domésticos».—En los casos en los que una empresa explota una actividad anormalmente peligrosa que puede causar daños previsibles a terceros ajenos a la misma (pasivos domésticos), el cumplimiento de la normativa laboral en materia de prevención de riesgos no implica ausencia de responsabilidad.

Indemnización por causa de muerte. Legitimación activa.—Es doctrina de este Tribunal que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable *ex iure proprio*, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del *de cuius* (STS 246/2009,

de 1 de abril). En estos casos, no nos encontramos ante un derecho personalísimo que se extingue por la muerte, sino ante un derecho de crédito que nace desde el momento en el que se causa el daño. Así, el lesionado adquiere el derecho desde que sufre el perjuicio y este queda integrado en su patrimonio, susceptible de ser transmitido a sus herederos. El Tribunal destaca que la transmisibilidad del crédito no genera enriquecimiento sin causa a los herederos, sino que evita un beneficio injustificado al causante del daño, que vería extinguida su responsabilidad por el fallecimiento de la víctima.

Indemnización por causa de muerte. Compatibilidad entre las acciones ejercitadas *iure hereditatis* y *iure proprio*.—De acuerdo con la doctrina de esta sentencia, el perjuicio sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos, que le suceden en la acción, y es al mismo tiempo compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento. Por tanto, las acciones *ex iure hereditatis* y *ex iure proprio* pueden ejercitarse conjuntamente, ya que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC).

Responsabilidad extracontractual. Daños indemnizables tras la muerte.—En aquellos supuestos en los que se adquiere *mortis causa* un crédito resarcitorio que no ha sido cuantificado con anterioridad al fallecimiento de la víctima, este debe ajustarse a los daños efectivamente causados, no siendo posible desligar el derecho de crédito del hecho de la muerte. No cabe indemnizar aquellos daños que hubieran correspondido al causante en función de sus expectativas vitales, pues estas se han visto frustradas por la muerte.

El Tribunal Supremo recuerda que, en el momento en el que se produce el fallecimiento, ya no hay incertidumbre sobre la duración de las lesiones o secuelas, sino un dato cierto como es el fenómeno de la muerte (STS 535/2012, de 13 de septiembre).

Cuantificación del daño. Uso de las reglas del baremo de tráfico.—Las reglas del baremo de tráfico pueden emplearse como criterios orientativos y no vinculantes en la determinación del daño corporal sufrido en otros sectores (SSTS 902/2011, de 30 de noviembre, 262/2015, de 27 de mayo y 232/2016, de 8 de abril). El Tribunal Supremo ha establecido expresamente que la aplicación del citado baremo no impide la aplicación de criterios correctores en atención a las circunstancias concretas del sector en el que se haya ocasionado el daño.

Responsabilidad extracontractual. Consideración de las placas pleurales como lesión indemnizable.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo define el daño moral como «la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés» que sufre la víctima (SSTS 217/2012, de 13 de abril o 232/2016, de 8 de abril entre otras). En este sentido, aunque las placas pleurales no llevan aparejada una afectación de la función pulmonar, su presencia puede derivar en enfermedades fatales como la mesotelioma. Todo ello, sumado a los largos periodos de latencia de la enfermedad y al hecho de que las víctimas viven en una población con un elevado porcentaje de patologías de esa misma clase, determina la existencia de daño moral. No obstante, el montante indemnizatorio deberá adecuarse a la probabilidad de contraer una enfermedad más grave y a la edad de las víctimas. (STS de 15 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Entre 1907 y 1997 Uralita S. A. fabricó elementos para la construcción mediante el uso de amianto, elemento que es causante de distintas patologías. Los trabajadores que manipulaban este mineral regresaban a sus domicilios con sus ropas contaminadas, lo que provocaba que los familiares que convivían con ellos resultaran igualmente afectados (pasivos domésticos). Asimismo, las personas que vivían en las proximidades de la fábrica resultaban perjudicadas por las emanaciones y residuos procedentes de la misma (pasivos ambientales).

En 2012, Ángel Jesús y cuarenta y dos personas más interpusieron demanda de juicio ordinario contra Uralita S.A., en la que se solicitaba la condena de la demandada al pago de la cantidad de 5.798.082,6 euros. El Juzgado de Primera instancia estimó en parte la demanda y consideró que no habían sido observadas las prevenciones existentes entre 1971 a 1977 relativas al lavado de la ropa de trabajo por la propia empresa. Consideró que la demandada era responsable de los daños provocados a los denominados pasivos domésticos durante el citado periodo, sin que «se pudiera extender a otros periodos temporales anteriores, al ser la legislación existente genérica y limitada a la protección del trabajador y no de sus familiares». En lo relativo a la contaminación medioambiental, se consideró infringida la normativa existente. No obstante, se desestimó que tales incumplimientos tuvieran repercusión en el exterior de la fábrica.

Esta resolución fue recurrida en apelación por ambas partes. La Audiencia Provincial dictó sentencia estimando parcialmente el recurso tanto de Ángel Jesús y otros, como de Uralita S.A. (en aquel momento, Corporación Empresarial de Materiales de Construcción, S.A.). La Audiencia Provincial consideró que las acciones ejercitadas no eran interpuestas por los trabajadores de la fábrica (en cuyo caso la competencia del litigio correspondería a la jurisdicción social), sino por los familiares de estos y las personas que vivieron en las proximidades de la fábrica. La sentencia consideró que los demandantes presentaban tres tipos de patologías relacionadas con la inhalación de fibras de amianto (mesoteliomas pleurales o peritoneales, asbestosis y placas pleurales) y que estaba científicamente demostrado que tanto la exposición doméstica como ambiental al amianto suponía un riesgo cierto de adquisición de las mismas. Se consideró justificada la relación de causalidad entre la actividad de la fábrica y las patologías padecidas por los demandantes, constando la ausencia de hipótesis alternativas distintas a las expuestas.

La Audiencia Provincial afirmó que no era objeto del proceso determinar el cumplimiento de la normativa laboral, sino constatar si Uralita, S.A. había actuado con la diligencia debida de acuerdo con los conocimientos que se iban adquiriendo sobre los efectos perniciosos del amianto. Al respecto, constató que no se habían tomado las medidas necesarias para la prevención del daño y amplió la responsabilidad de la mercantil demandada a los pasivos domésticos, sin limitarla al periodo comprendido entre los años 1971 a 1977. Asimismo, en aplicación de la doctrina del riesgo, se consideró que Uralita S. A., pese a conocer el peligro que conllevaba la inhalación de fibras de amianto, emitió dichas fibras

al exterior sin el control adecuado, por lo que se estimó la demanda en cuanto a las personas que vivían en las inmediaciones de la fábrica en un radio inferior a los 2.000 metros (pasivos ambientales). No obstante, se excluyó la indemnización por la presencia de placas pleurales, argumentando que en la mayoría de los casos no producen limitaciones en la función pulmonar ni condicionan la aparición de otras enfermedades relacionadas con el amianto.

Contra esta sentencia se interpuso por ambas partes sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal y estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte actora. (*M. S. G.*)

27. Consumidores y usuarios. Responsabilidad por productos defectuosos. Retirada voluntaria del producto del mercado.—La Sala Primera del Tribunal Supremo insiste en que la normativa de responsabilidad por daños por productos no se aplica solo para resarcir los daños producidos cuando se incumplan las normas de seguridad y calidad, o cuando no se hayan realizado ensayos o inspecciones, sino también cuando los daños se originan por un producto que resulta inseguro a pesar de los controles previos. En este contexto, debe considerarse inseguro un producto retirado voluntariamente del mercado por su fabricante como consecuencia de una tasa de revisiones mayor a la esperada. (**STS de 1 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El fabricante de prótesis de cadera ASR retiró del mercado voluntariamente este producto tras recibir datos que demostraban que el sistema ASR tenía una mayor tasa de revisión de la esperada. Tanto el fabricante como la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios remitieron notas informativas a los centros sanitarios, que informaron, asimismo, a sus pacientes. La demandante, que llevaba una prótesis de este tipo, por indicación médica, fue sometida a una cirugía de revisión para sustituir la prótesis ASR. Tras ello, demandó al fabricante solicitando la condena al pago de una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de los defectos de la prótesis de cadera ASR (nueva operación, días de incapacidad, daños estéticos y morales, etc.). El fabricante se opuso alegando que la prótesis no era defectuosa y que no existía motivo clínico que justificara la operación. El juzgado desestimó la demanda al considerar que no había quedado probado que la prótesis implantada fuera defectuosa, pues se retiró del mercado voluntariamente. Recurrida la sentencia por la demandante, la Audiencia desestimó su recurso de apelación. Sin embargo, el Alto Tribunal sí estimó el recuso de casación interpuesto por la demandante. En concreto, porque la normativa de responsabilidad por daños por productos no se aplica solo para resarcir los daños producidos cuando se incumplen las normas de seguridad y calidad, o cuando no se hubieran realizado ensayos o inspecciones, sino también cuando los daños se originen por un producto que resulta inseguro a pesar de los controles previos. Así, el hecho de que se retiraran las prótesis voluntariamente reveló que, en la reali-

dad práctica, los riesgos de las prótesis resultaron mayores a lo previsto, al ser los supuestos de reacciones adversas entre los pacientes implantados superiores a los esperados, siendo así que las razones por las que se llevó a cabo la cirugía de revisión de la demandante no eran ajenas a los motivos por los que las prótesis se eliminaron del mercado. (A. A. O.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

28. Propiedad horizontal e impugnación de acuerdos por una instalación de evacuación de humos anclada a la fachada.—La Sala Primera del Tribunal Supremo determina la inexistencia de servidumbre en el elemento común de la fachada que suponga una modificación de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, conforme a los cuales se admite una instalación de evacuación de humos, cuando no afecte al forjado ni ocasione molestia o perjuicio constatable, en relación con la servidumbre de luces y el uso de los comuneros, y tras la información a los mismos. (**STS de 3 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Antonia y su esposo son propietarios de un local, dedicado a la actividad de hostelería, que se encuentra integrado en una Comunidad de Propietarios conformada de tres edificios. En junio de 2014, Antonia quería regularizar la licencia de actividad por caducidad, lo que exigía la realización, entre otras, de una obra de instalación de una chimenea de acero anclada a la fachada.

Antonia comunicó a los responsables de la comunidad de propietarios este hecho, y estos convocaron una Junta General Extraordinaria de Propietarios, que acordó no aprobar esta instalación con el voto en contra de todos los asistentes menos de Antonia, a quien se notificó el acuerdo.

Antonia procedió a la ejecución de las obras proyectadas, remitiendo toda la documentación a la Comunidad de Propietarios en octubre de 2014. Ante este hecho, se convocó otra Junta General Extraordinaria en la que se adoptó el acuerdo de iniciar acciones legales contra Antonia, a quien nuevamente se notificó el acuerdo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, tras lo cual Antonia recurrió y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declarando nulos los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios. Se consideró probado que la normativa municipal «obliga a instalar la chimenea» y «que el tubo de extracción de humos es la única solución técnica para que el local de negocios sea destinado a la actividad que libremente le ha asignado la propietario, que no implica coste alguno para el resto de los propietarios, no produce molestia o perjuicio que sea constatable».

NOTA.—De conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la instalación de la chimenea, con el consiguiente uso de la fachada, es una cuestión estructural al margen de la competencia y decisión de la Junta de Propietarios, y por tanto no requiere su autorización. Los estatutos autorizaban las instalaciones de evacuación de humos, la misma estaba anclada a la fachada

sin afectar al forjado, constando que no produce molestia y que no ocasiona perjuicios a la servidumbre de luces ni al uso de los comuneros. Finalmente, respecto de la presunta servidumbre en el elemento común de la fachada, reitera que es inexistente, y que solamente se precisaría el consentimiento de la comunidad de propietarios si afectasen a elementos comunes, aunque fue informada con anterioridad a su instalación. (C. A. C.)

DERECHO DE FAMILIA

29. Separación de bienes. Responsabilidad por deudas. Deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica.—La regla general en el régimen económico matrimonial de separación de bienes es que las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad, tal y como establece el artículo 1440.I CC. Sin embargo, y de manera excepcional, cuando uno de los cónyuges actúe en el ejercicio de la potestad doméstica y contraiga obligaciones para atender las necesidades ordinarias de la familia, el otro responderá de manera subsidiaria de su cumplimiento en virtud de la remisión del artículo 1440. II CC al artículo 1319.II CC.

Esta regla permite que, a pesar de la separación patrimonial, el tercero pueda exigir responsabilidad al cónyuge que no contrató ni generó la deuda contraída para satisfacer las necesidades ordinarias de la familia. La excepción a la regla de separación de responsabilidades se justifica por la comunidad de vida propia del matrimonio y beneficia a los acreedores al mismo tiempo que favorece el mayor crédito de los cónyuges para atender a las necesidades familiares.

Carga de la prueba. Para poder aplicar el párrafo 2.º del artículo 1440 CC es suficiente que el acreedor pruebe, al menos, una apariencia razonable del destino familiar o doméstico del gasto.—Será preciso, para que el acreedor pueda exigir responsabilidad al cónyuge con el que no contrató, si no la prueba cumplida del concreto uso o destino del gasto, lo que escapa a las posibilidades de conocimiento y prueba del tercero, sí al menos una apariencia razonable de su destino familiar y doméstico. Habitualmente ese destino resultará de la propia naturaleza de los bienes adquiridos o de los servicios contratados, pero no hay que negar que, en caso de necesidad, uno de los cónyuges recurra a un préstamo para obtener fondos para atender a las necesidades familiares. Lo que sucede es que, en tal caso, el acreedor que pretenda exigir responsabilidad al otro cónyuge deberá acreditar que los fondos prestados se destinaron a tal fin. (STS de 4 de febrero de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm.a. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La sentencia se refiere a la responsabilidad por deudas en el régimen de separación de bienes, en un caso en el que la deuda ha sido contraída por uno solo de los cónyuges y el acreedor exige responsabilidad al no contratante alegando que la deuda se contrajo en el ejercicio de la potestad doméstica. La deuda deriva de un contrato de préstamo celebrado entre dos sujetos que mantenían relaciones comerciales en el que el prestatario estaba casado en régimen de separación de bienes. Dos años después del primer contrato, los contratantes suscriben un nuevo documento privado en el que manifiestan que el prestatario ha pagado parte de la deuda,

quedando pendiente del abono del resto. Al documento se añadió un párrafo en el que la mujer del prestatario reconocía que era conocedora de la deuda de su marido. El nuevo documento fue firmado por los tres intervinientes: el prestatario y su mujer y el prestamista. Ante la falta de pago, el prestamista presentó demanda contra el prestatario y su mujer en la que solicitaba que se les condenase solidariamente a la devolución de la cantidad adeudada más los intereses. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda presentada contra el marido prestatario y absolvió a su mujer. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el marido y estimando el recurso del demandante declaró la existencia de responsabilidad del cónyuge no contratante. En este sentido, la resolución dictada en apelación establece una responsabilidad solidaria respecto de los eventuales bienes comunes del matrimonio y una responsabilidad subsidiaria de la mujer. Ésta presentó recurso de casación alegando que no se había probado que la deuda reclamada era de naturaleza doméstica. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia resuelve un litigio sobre la responsabilidad por deudas en el régimen de separación de bienes. Para ello, aplica la doctrina del artículo 1440 CC, según el cual, en función de la naturaleza de la deuda contraída, de si tiene la finalidad o no de satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, la responsabilidad afectará sólo al cónyuge que la contrajo o también se extenderá al otro cónyuge no contratante. La importancia de la sentencia está en la doctrina que fija en relación a la prueba de la naturaleza del gasto. En el supuesto del litigio no existen indicios que permitan considerar que la deuda fue contraída en ejercicio de la potestad doméstica. Por eso, se revoca la sentencia de la Audiencia Provincial que resolvió en sentido contrario utilizando, entre otros argumentos, el de inversión de la carga de la prueba al considerar que dada la facilidad de demostrar el destino del dinero prestado incumbía a los cónyuges acreditar la finalidad del gasto. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, el carácter familiar de la deuda no se presume. Por el contrario, se exige que el acreedor demuestre si no la prueba cumplida del concreto uso o destino del gasto, lo que escapa a las posibilidades de conocimiento y prueba del tercero, sí al menos una apariencia razonable de su destino familiar y doméstico. Habitualmente ello podrá deducirse de la propia naturaleza de los bienes adquiridos o de los servicios contratados, lo que incluye también la obtención de los recursos necesarios mediante un préstamo. (C. O. M.)

30. Acción de divorcio. Competencia judicial internacional. Criterio de la residencia habitual.—La falta de competencia internacional puede ser denunciada por el demandado mediante declinatoria (arts. 39 y 63 LEC). En el caso, el demandado no utilizó este cauce, pero en la audiencia previa solicitó que se apreciara por el tribunal de oficio al amparo del artículo 416.II LEC. Sin embargo, en la contestación a la demanda presentada por la esposa, el mismo recurrente también solicitó que se decretara el divorcio. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles resulta con claridad a la vista

del elenco de foros alternativos previstos en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. El artículo 3 del Reglamento precisa que serán competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión. Teniendo en cuenta, además, que este Reglamento no se aplica, entre otras materias, a las obligaciones de alimentos.

Competencia de los tribunales españoles en materia de pensión compensatoria. Inclusión de la pensión compensatoria en el concepto de obligación de alimentos.—Para la competencia de los tribunales españoles respecto de la pensión compensatoria se debe estar a lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos. Debiendo tenerse en cuenta que, a efectos de este Reglamento, la prestación compensatoria debe considerarse incluida en el concepto de «obligación de alimentos» derivada de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad. En efecto, la obligación de alimentos a que se refiere el Reglamento (CE) núm. 4/2009 debe interpretarse de una manera muy amplia, comprensiva de las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre «ex cónyuges» en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico (SSTJUE de 6 de marzo de 1980, asunto 120/1979, De Cavel II; y 27 de febrero de 1997, asunto C-220/1995, Boogaard/Laumen).

En el presente caso, las partes no han convenido por escrito que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para resolver los conflictos de alimentos suscitados o que pudieran suscitarse entre ellos. En efecto, en el «contrato matrimonial» prenupcial otorgado en 1994, los cónyuges acordaron que su régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes contenido en el Código civil francés, pero tal pacto nada tiene que ver con un convenio de elección del foro. Por tanto, en defecto de sumisión expresa o tácita, son aplicables las disposiciones generales contenidas en el artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 4/2009 que prevé la competencia concurrente de los tribunales de los Estados miembros correspondientes a la residencia habitual del demandado, a la residencia habitual del acreedor de alimentos y a los competentes para conocer de una acción relativa al estado civil como es la de divorcio.

Competencia de los tribunales españoles para conocer de la reclamación de la compensación económica por el trabajo.— Este reglamento (CE) núm. 4/2009 no es aplicable sin embargo a la cantidad solicitada por la esposa como compensación económica para el trabajo, propia del régimen de separación de bienes. La cantidad solicitada como compensación económica para el trabajo tampoco está incluida en el citado Reglamento (CE) núm. 2201/2003. La competencia de los tribunales españoles para conocer de

la petición de la esposa de una compensación económica para el trabajo con arreglo al régimen de separación de bienes resultaría de lo dispuesto en el artículo 22 quáter c) LOPJ, que en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges atribuye competencia internacional a los tribunales españoles «cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, (...)».

El pacto sobre el régimen económico aplicable durante el matrimonio no determina la ley aplicable a la disolución del mismo.—El recurrente en ningún momento ha discutido ni tampoco impugna ahora que se decretara el divorcio con arreglo a la ley española, sino tan solo que se decidiera sobre la pensión compensatoria y la pensión por el trabajo conforme a dicha norma. Sin embargo, pacto otorgado por las partes antes de contraer matrimonio y conforme al cual su régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes del Código civil francés no es elección de ley aplicable al divorcio ni tampoco consta otro acuerdo al respecto conforme a lo previsto en el artículo 7 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Tal como se dijo, la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determina conforme al Reglamento (CE) núm. 4/2009, cuyo art. 15 establece que «la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento». Y conforme a este Protocolo, las obligaciones alimenticias, ya sea respecto de los hijos (art. 3), ya entre cónyuges, excónyuges o entre personas cuyo matrimonio haya sido anulado (art. 5), se regirán por la ley del Estado de la última residencia habitual del acreedor o común de los interesados. Lo que supone aplicar la ley española y, en concreto, por establecerlo así el artículo 16.2, a) del Protocolo, la del derecho civil catalán. Ya que los cónyuges pactaron antes de contraer matrimonio el régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado en el Código civil francés, pero ni en ese momento eligieron la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en caso de divorcio ni consta que en otro momento designaran la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en los términos previstos en los artículos 7 y 8 del Protocolo. **(STS de 17 de febrero de 2021;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—R. y J. A., de nacionalidad francesa, otorgaron en mayo de 1994 un *contrat de mariage* en el que pactaron que el matrimonio que proyectaban celebrar se sometería al régimen económico matrimonial de separación de bienes regulado en el Código civil francés. Un mes después contrajeron matrimonio en su país y tuvieron tres hijos en 1993, 1996 y 2001. En septiembre de 2016 la Sra. R. presentó demanda de divorcio ante los juzgados de Girona, ciudad a la que hacía años se habían trasladado y residían habitualmente, solicitando entre otras medidas la atribución de la guarda de la hija menor de edad, así como una pensión alimenticia de 3.000 euros mensuales para la hija y de 1.500 euros para el hijo conviviente. Igualmente solicitó la fijación de una pensión compensatoria de 8.000 euros mensuales y como pensión por razón del trabajo, del artículo 323-5 CC catalán, la cantidad de 6 millones de

euros. El esposo se opuso y solicitó la custodia de la hija menor, la atribución del uso de la vivienda familiar y la desestimación de la demanda de alimentos a favor del hijo mayor conviviente. Asimismo, pidió la desestimación del pago de la pensión compensatoria y de la indemnización por razón del trabajo solicitadas por la esposa. Es de destacar que, durante la tramitación del procedimiento, la actora y los hijos con que convivía trasladaron su residencia a Francia. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y estableció, en lo que nos interesa, una pensión alimenticia de 1.500 euros para cada hijo, aunque limitada a tres años para el mayor de edad. También dispuso el pago de la pensión compensatoria en la cuantía solicitada por la esposa. La Audiencia Provincial de Girona redujo el importe de los alimentos para los hijos y minoró la pensión compensatoria a la cantidad de 6.000 euros. J. A. interpuso recurso de casación alegando, de una parte, la incompetencia de los tribunales españoles para conocer del asunto y, de otra, que la fijación de una pensión compensatoria conforme al derecho catalán infringía el artículo 5 del Reglamento UE 1259/2010, que permitía a los cónyuges escoger la ley aplicable, lo que determinaría la aplicación del *contrat de mariage* suscrito en Francia en 1994. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (L. A. G. D.)

DERECHO DE SUCESIONES

31. Interpretación de la cláusula testamentaria referida a la obligación de cuidar y asistir al testador hasta su fallecimiento.—La introducción en un testamento de referencias a la asistencia y cuidado del testador admite una amplísima variedad de configuraciones. Es posible una institución de heredero, o legatario, a favor de persona indeterminada (a quien me cuide, al hijo que me cuide), o de persona determinada (quien me viene cuidando, o si me cuida, o con la obligación o la carga de que me cuide, o con la condición de que me cuide, etc.). También es posible establecer la precisión incluso del contenido de la asistencia, una eventual consideración de la atención afectiva como contenido del cuidado querido por el testador, en qué casos debe prestarse asistencia, cómo debe llevarse a cabo, quién controla su cumplimiento o las consecuencias de su incumplimiento, entre otros.

A la hora de enjuiciar la eficacia de la institución de heredero o legatario que no cuidó al testador, la interpretación debe fundamentarse en la voluntad real del testador y en los hechos probados, según los casos. Y ello puede ser o bajo la calificación de condición suspensiva potestativa de pasado, o bajo la calificación de institución modal o con obligación modal. La distinción entre ambas figuras no resulta sencilla porque, a la vista de la delimitación legal de ambas modalidades accesorias de la institución hereditaria, las referencias a la asistencia y cuidado del testador no son ni una cosa ni otra.

Por un lado, nos encontramos ante una condición suspensiva potestativa de pasado cuando la voluntad del testador fue supeditar la eficacia de la institución de heredero al cumplimiento de la «condición» de haberlo cuidado. En este caso, se puede hablar de «condición» solo en un modo impropio porque como el cuidado solo se puede prestar antes del fallecimiento del testador, no hay período de pendencia y el llamamiento será eficaz o ineficaz al abrirse la sucesión según se haya cumplido o no en vida del testador. De

ahí que se hable de condición de pasado. En cada caso, al analizar si la conducta del favorecido se ajusta a lo establecido por el testador, se ha de buscar dentro de la regulación legal el encaje preciso que garantice el respeto a la verdadera voluntad del causante.

De esta forma, por ejemplo, no ha de apreciarse incumplimiento por parte del instituido heredero que no conocía la condición de cuidar al testador. Tampoco en aquellos casos en los que el supuesto de hecho previsto era la existencia de necesidad de cuidado en el testador, y no la hubo. Ni tampoco cuando el demandante, que se vería beneficiado por la ineficacia, impidió el cumplimiento por parte del instituido heredero (tomando la decisión de ingresar en una residencia al testador).

Por otro lado, nos encontramos ante una institución con obligación modal cuando la interpretación del testamento permite concluir que la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la institución es que el llamado como heredero cuide y asista al testador hasta su fallecimiento. En estos casos, si el instituido no cuidó ni asistió directamente, pero sí lo hizo en los términos más análogos y conformes con la voluntad del testador (preocupándose por él, directa o indirectamente), no ha de declararse la ineficacia de la institución. Por el contrario, si el instituido no cuidó ni asistió en ningún término, ha de declararse la ineficacia (por ejemplo, cuando la instituida heredera, con cabal conocimiento de la disposición testamentaria, que se refería al cuidado hasta el fallecimiento de la testadora, no tuvo reparo en suscribir un documento de liquidación de los gastos ocasionados durante el tiempo que prestó la asistencia). (**STS de 3 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Donato, Blas y María, hermanos entre sí, interponen demanda de juicio ordinario contra Cecilio y Celia, cónyuges entre sí, solicitando la nulidad del testamento otorgado ante notario por Beltrán, tío de los demandantes, en favor de Cecilio y Celia. La demanda se fundamenta en la nulidad de la institución de herederos hecha a favor de Cecilio y Celia, al no haber cumplido estos la condición impuesta por Beltrán, respecto de la obligación de atender a su cuidado y a su asistencia hasta su fallecimiento. Beltrán no comunicó a nadie quiénes eran sus herederos, ni la condición impuesta. La demanda es desestimada, porque Cecilio y Celia no conocieron la condición, ni hubo situación de necesidad ni abandono, por lo que no tuvieron ocasión de cumplirla (al ser una condición potestativa de pasado) y, en consecuencia, no se puede apreciar incumplimiento.

Donato, Blas y María recurren en apelación. El recurso es desestimado, porque la Audiencia entiende que nos hallamos ante una carga modal (y no ante una designación de heredero bajo condición), carga que desconocían los instituidos herederos, cuyo incumplimiento no afecta a su designación porque no existía vinculación del nombramiento al cumplimiento.

La sentencia es recurrida en casación. Entienden los recurrentes que la cláusula testamentaria referida era una condición suspensiva, y no se cumplió. El recurso es desestimado. (*T. R. C.*)

32. Impugnación de la aceptación tácita de la herencia por error, al haber descubierto el aceptante una obligación de importe muy superior a los bienes hereditarios.—Es esencial, determinante y excusable el error en que incurre el heredero que, desconociendo un reconocimiento de deuda de su causante (por un valor muy superior a los bienes hereditarios), acepta tácitamente la herencia. Así, de no apreciarse el error determinante de su aceptación tácita, vendría obligado a pagar, más allá del valor de los bienes de la herencia, y con sus propios bienes, una deuda que, como deuda exigible, nació del reconocimiento voluntario por parte de la causante quien, al mismo tiempo que la dotaba de eficacia mediante el reconocimiento —por no ser hasta entonces jurídicamente exigible— previó que se pagara con el dinero efectivo que existiera en el caudal a su fallecimiento, y, de no ser suficiente, con el importe del valor obtenido en la venta del piso de su propiedad. Este error, efectivamente, esencial, determinante y excusable, da lugar a acción para impugnar la aceptación (arts. 997 y 1265 CC).

Cómputo del plazo para impugnar la aceptación tácita de la herencia por error y consumación e la aceptación.—Partiendo del error como invalidante, por lo que se refiere al plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción que resulta del artículo 1301 CC, es preciso adaptar su aplicación a la impugnación de un acto unilateral en el que, a diferencia de los contratos a que se refiere el precepto, no hay consumación entendida como cumplimiento de las prestaciones de las partes. El plazo solo puede comenzar a correr en el momento en que quedó determinada la composición del caudal, lo que en el caso que nos ocupa, solo tuvo lugar en el momento en que adquirió firmeza la sentencia dictada en el proceso en que se hizo valer, en perjuicio del aceptante, el reconocimiento de deuda de la causante. No es correcta, por tanto, la interpretación de la sentencia de apelación, que consideró como *dies a quo* el momento en el que se notificó la demanda.

La personación del heredero en el procedimiento, dirigido inicialmente contra la herencia yacente y herederos ignorados, no supone, *per se*, la aceptación tácita de la herencia.—Con carácter general, una contestación a la demanda por parte del llamado a una herencia, por sí misma, puede tener el valor de aceptación. Ahora bien, si el plazo para la impugnación de la aceptación por error —en el presente caso— no comenzaba a correr hasta la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento en que se hacía valer el reconocimiento de deuda, sería paradójico considerar que, al oponerse al reconocimiento de la obligación reclamada contra el, el instituido como heredero estuviera convalidando su error, cuando lo que motivó el error es, justamente, la exigibilidad de la deuda que se discutía en el procedimiento en que se persona. (**STS de 15 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Tras haber aceptado Leovigildo la herencia de Rosario, sobreviene un documento otorgado por la causante en el que, para dar cumplimiento a la voluntad de su difunto esposo, reconocía el derecho de unos sobrinos políticos (Melchor y María), a cobrar, a su fallecimiento, el valor de mercado de unas fincas que en 1985 había recibido de su marido (Jesús Luis) como usufructuaria con facultad de disposición y que, haciendo uso de tal facultad, había vendido en 1989. Para hacer valer su derecho, Melchor y María interponen en junio de 2010 demanda de juicio ordinario contra la herencia yacente e ignorados herederos de Rosario. Recla-

maban en la demanda el crédito que nacía a su favor, de la voluntad del difunto esposo de Rosario, manifestada en testamento. El 5 de octubre de 2010 se personó Leovigildo en tal procedimiento y se opuso por diversos motivos. En julio de 2011 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda de Melchor y María y condenando a Leovigildo a pagar la suma en que se periten judicialmente las fincas, confirmada en julio de 2013 por la Audiencia Provincial, que en 2014 se cifró en 900.000 euros.

En septiembre de 2015 Leovigildo interpuso demanda de juicio ordinario contra Melchor y Mariola, solicitando que: 1) se declare: a) la nulidad de la aceptación tácita de la herencia de Rosario, realizada por él; b) la nulidad de todos los actos de disposición realizados por Leovigildo en relación con los bienes hereditarios; c) la nulidad e ineficacia de la obligación de pago de los 900.000 euros más lo presupuestado en costas e intereses (270.000 €). En abril de 2017 la demanda fue parcialmente estimada, declarándose la nulidad de la aceptación tácita, también de la totalidad de actos de disposición realizados por Leovigildo en relación con los bienes de Rosario (siempre que no afecten a terceros), y de la obligación de pago derivada del procedimiento anterior de 2011. Posteriormente, el recurso de apelación interpuesto por Melchor y Mariola fue estimado y, en consecuencia, fue revocada la estimación parcial de la demanda de Leovigildo en primera instancia. Finalmente, Leovigildo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, admitiéndose solo este último.

El Tribunal Supremo difiere del parecer del Juzgado de Primera Instancia –confirmado por la Audiencia– y sostiene que el error padecido por Leovigildo era efectivamente invalidante y que, por otro lado, el cómputo del plazo para ejercitar la acción de impugnación de la aceptación de la herencia debía comenzar cuando el causal hereditario quedara definitivamente fijado.

NOTA.–Véase el artículo 461-10.1 CC catalán, que regula expresamente el error como causa de impugnación de la aceptación y repudiación de la herencia, «si, con posterioridad, aparecen otras disposiciones de última voluntad que eran desconocidas y que alteran sustancialmente el contenido del título sucesorio aceptado o repudiado». Del mismo modo, una regla interesante –por su especificidad– contiene el §1954.II BGB, que establece como momento de inicio del cómputo del plazo para impugnar la aceptación o repudiación de la herencia aquel en el que el llamado tuvo conocimiento de la causa de impugnación (en nuestro caso, error sobre el contenido o características de la herencia). Y finalmente, un supuesto prácticamente idéntico resolvió el Auto del *Oberlandesgericht Köln*, de 15 de mayo de 2017, confirmando que, efectivamente, la existencia de deudas por valor superior al de la herencia justifica la impugnación de la aceptación, con base en el § 119.II BGB. (*B. B. M.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su corres-

pondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía, que sí se incluye en el sumario, pero 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», *ADC*, 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 las mismas notas a pie de página, y también en el cuerpo del texto, las locuciones latinas *vid, supra, cfr, ibídem*, etc. deberán aparecer en cursiva.

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 («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

— Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.

— Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.

— Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.