

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXV, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO  
Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Autónoma de Madrid

M.<sup>a</sup> ÁNGELES PARRA LUCÁN  
Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN  
Registrador de la Propiedad

M.<sup>a</sup> 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 III  
Julio-septiembre, 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

Pág.

### Estudios monográficos

José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: «El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español» .....	839
Alfredo BATUECAS CALETRÍO: «El derecho a la identidad y la identidad digital» .....	923
Francisco SANTANA NAVARRO: «El préstamo simple o mutuo y su posible resolución por incumplimiento» .....	987
Jose María MARTÍN FABÁ: «La transacción sobre la cláusula suelo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» .....	1079

### Bibliografía

#### LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO.

DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: «Nulidad parcial en los contratos», por Nieves Rojano Martín .....	1215
GAGO SIMARRO, Clara: «Las donaciones en la sucesión hereditaria», por Ignacio Gallego Domínguez .....	1217
GINEBRA MOLINS, M.ª Esperança: «La pluralidad de fiadores frente al acreedor: el «beneficio de división» en los Códigos civiles francés, español y de Quebec. En busca de un modelo para la codificación catalana», por Marta Otero Crespo .....	1224
RAMS ALBESA, Joaquín (dir.)/LACRUZ BESCÓS, Jose Luis/VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego (Coord.): «La fe pública registral (Tratado de Derecho Civil, tomo X)», por José María de la Cuesta Sáenz .....	1228

#### REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco Oliva Blázquez, Juan Pablo Pérez Velázquez, Davinia Cadenas Osuna .....	1233
---	------

### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

#### SENTENCIAS COMENTADAS

Ángel MENÉNDEZ REXACH: «Inclusión en el catálogo de aguas privadas. STS 1320/2022, de 29 de marzo» .....	1261
Esther FARNÓS AMORÓS: «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual» .....	1281
Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «El moderno <i>mortuus redhibetur</i> : restitución derivada de la nulidad y resolución de Banco Popular. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021» .....	1315

## SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO ..... 1345

## El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español\*

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Sevilla

### RESUMEN

*El precontrato de donación, también llamado en ocasiones promesa de donación, es hipótesis que resulta imposible en nuestro Derecho actual, según se acostumbra a decir rotundamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La justificación de esa imposibilidad, sin embargo, no resulta tan clara como correspondería a afirmación tan tajante. ¿Se debe ello a circunstancias propias del precontrato –figura, esta, cuyos requisitos y ámbito de operatividad, además de su mismo concepto, no resultan pacíficos–, o se debe a circunstancias propias de la donación? ¿Es realmente inviable el precontrato en nuestro Ordenamiento? ¿Qué ocurre, entonces, en los casos que se producen en la realidad y que así se denominan? Estas son las cuestiones que en este trabajo se tratan de resolver.*

### PALABRAS CLAVE

*Precontrato. Donación.*

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación *Sociedad, Mercado y Derecho* (SEJ-584).

## Pre-contract of donation: considerations on its possibility or impossibility in Spanish civil Law

### ABSTRACT

*The pre-contract of donation, also sometimes called donation pledge, is a hypothesis that becomes unfeasible in our current Law, according to what it is usually said categorically both in doctrine and in jurisprudence. The justification for that unfeasibility, however, does not appear as clear as it would correspond to such a categorical statement. Is it due to specific circumstances of the pre-contract –figure, this one, whose requirements and scope of operability, in addition to its very concept, are not peaceful–, or is it due to specific circumstances of the donation? Is this type of pre-contract really unfeasible in our Law? What happens, then, with the cases that take place in reality and that are so called? These are the issues that this paper aims to resolve.*

### KEYWORDS

*Pre-contract. Donation.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Figuras aparente o realmente próximas: la promesa unilateral y la donación obligacional. 1. La promesa unilateral: noción de la misma, y diferenciación con la promesa (precontrato) de donación. 2. La donación obligacional.–III. El precontrato de donación y su viabilidad. La polémica entre las nociones de «precontrato» y de «donación». 1. El precontrato: consideraciones preliminares sobre su concepto, requisitos y ámbito de operatividad. 1.1 Concepto de precontrato. 1.2 Requisitos. 1.3 Ámbito de operatividad. 2. El precontrato de donación: análisis de su viabilidad o no.–IV. Régimen aplicable a las donaciones obligacionales. 1. Capacidad, y formación sin vicios de la voluntad negocial. 2. Perfección del negocio. 3. Objeto. 4. Forma. 5. Revocación y reducción. 6. *Beneficium competentiae*. 7. Sobre la obligación de dar (a título gratuito) generada por el negocio de donación obligacional.–V. Conclusiones.–Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El de autonomía privada, o de autonomía de la voluntad, es uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema jurídico. Con él se hace referencia al poder que el Ordenamiento reconoce a los sujetos para actuar por sí mismos en la vida, constituyendo, modificando, transmitiendo o extinguiendo relaciones jurídicas en los

términos que consideren mejor conviene a sus propios intereses. Este poder se lleva a efecto a través de la celebración de negocios jurídicos, que son «acto[s] de autonomía privada que reglamenta[n] para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica»<sup>1</sup>. Como es fácil entender, la autonomía privada es –por definición– algo que se ejercita libremente, suponiendo por consecuencia que los sujetos pueden tanto celebrar negocios como no hacerlo, así como dar a los mismos un contenido u otro, según estimen oportuno.

El poder que este principio confiere a los sujetos en el ámbito económico-patrimonial es extraordinariamente grande. Pero, aunque grande, no es absoluto sino que tiene límites que no puede traspasar. Así lo establece el artículo 1255 CC, situado en sede de contratos pero aplicable en general a todos los negocios.

Formulado en tales términos, lo dicho no plantea especial dificultad. Otra cosa ocurre, sin embargo, cuando la cuestión se lleva a terrenos más concretos, advirtiéndose entonces que en relación con algunos negocios hay limitaciones o restricciones particulares que en otros negocios no existen, y cuya existencia suscita interrogantes, dificultades o perplejidad.

En este trabajo nos vamos a ocupar de una de esas limitaciones o restricciones, atinente al negocio conocido con el nombre de «precontrato de donación» –también llamado frecuentemente «promesa de donación»: téngase presente que «precontrato» y «promesa de contrato» son denominaciones que se suelen emplear como sinónimas–. En concreto, nos vamos a ocupar de analizar la imposibilidad de celebrarlo que se estima existe en nuestro Derecho.

Esa imposibilidad del precontrato (o promesa) de donación, en efecto, es cosa sostenida comúnmente de modo sentencioso, y de modo tal que parece viene mantenida desde siempre –aunque se vea solo «de tanto en tanto», como corresponde a la relativa poca frecuencia estadística de ese tipo de negocios–: ejemplo de ello son las afirmaciones hechas por el Tribunal Supremo en sentencia relativamente reciente, de 10 de mayo de 2019, que resolvió el recurso de casación negando validez al negocio origen del litigio en base a que «nos encontramos ante lo que doctrinalmente se ha denominado “promesa de donación”», que es «figura que se muestra al margen de nuestro Ordenamiento jurídico». «La promesa de donación de inmuebles –añadía esa misma sentencia, para reafirmar lo dicho–... es ajena a nuestra regulación positiva...»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Díez-PICAZO, 1993, p. 73.

<sup>2</sup> RJ 1910/2019. El negocio en cuestión se había celebrado en escritura pública otorgada por D.<sup>a</sup>... y D...., y sus estipulaciones eran el siguiente tenor literal:

«Primera: D.<sup>a</sup>... se compromete a transmitir gratuitamente a D... los bienes descritos en... [esta] escritura, con todos sus derechos y anexos.

Pues bien, sobre la base de lo apuntado, se plantea entonces la pregunta: ¿por qué no pueden los sujetos celebrar tal negocio, si es el que quieren porque es el que más les conviene –al menos a su juicio– en orden a alcanzar el resultado que pretenden? Es, la dicha, una imposibilidad afirmada a menudo pero cuya justificación, sin embargo, no aparece clara. Y esto es de lo que en este trabajo pretendemos ocuparnos, haciendo una serie de consideraciones que esperamos contribuyan a esclarecer la cuestión.

El adecuado desarrollo de este estudio, ahora bien, requiere, antes de tratar esa cuestión, hacer algunas consideraciones sobre ciertas figuras aparente o realmente próximas –la promesa unilateral y la donación obligacional–, para que la delimitación precisa de estas permita determinar con mayor propiedad la figura que aquí nos ocupa, cuya misma esencia, como veremos, no resulta clara. Por ello, en el punto siguiente empezaremos ocupándonos de esas consideraciones previas –que ya hemos estudiado nosotros en trabajos anteriores, y cuyos resultados aprovecharemos aquí–, para luego, en el punto tercero, dedicarnos ya a la cuestión propia de este trabajo.

## II. FIGURAS APARENTE O REALMENTE PRÓXIMAS: LA PROMESA UNILATERAL Y LA DONACIÓN OBLIGACIONAL

### 1. LA PROMESA UNILATERAL: NOCIÓN DE LA MISMA, Y DIFERENCIACIÓN CON LA PROMESA (PRECONTRATO) DE DONACIÓN

Bajo la rúbrica «negocios jurídicos» se comprenden distintos tipos de ellos. Desde la perspectiva que en este momento interesa, dentro de los negocios jurídicos *inter vivos* se pueden distinguir, al menos en el plano teórico, dos tipos genéricos: contrato, por un lado, y promesa (unilateral), por otro.

Y conviene aquí que nos detengamos un momento a considerar esta última, para contrastarla con la promesa (precontrato) de donación que constituye el objeto de este trabajo, a fin de determinar si son o no la misma figura, o si participan o no de una misma natura-

---

Segunda: Se fija como plazo máximo para llevar a efecto dicha transmisión el de diez años, a contar desde el otorgamiento de la presente.

Tercera: D.<sup>a</sup>... confiere poder especial, tan amplio y bastante como en Derecho se requiera, a favor de D... [el mismo sujeto de la estipulación primera], para que, aun cuando incida en la figura jurídica de la autocontratación [...], pueda otorgar la correspondiente escritura de transmisión gratuita».

leza. Esto se justifica por cuanto ambas figuras, al menos terminológicamente, parecen muy próximas.

Pasamos pues, a continuación, a delinear con cierto detenimiento la esencia y operatividad de la promesa unilateral. Para lo cual, creemos que lo mejor es proceder contrastándola con el otro tipo de negocio *inter vivos* que existe: el contrato.

Qué es un contrato, ahora bien, es cosa de la que prácticamente no resulta necesario decir nada, pues aunque el Código Civil no nos da una noción del mismo, de la consideración conjunta de sus normas –especialmente de los artículos 1089, 1091 y 1254 CC– resulta fácil extraerla: contrato es un negocio de génesis bilateral –i.e., obra de dos sujetos–, que se celebra cuando las voluntades de esos sujetos alcanzan acuerdo al respecto –concurso de oferta y aceptación sobre una cosa y una causa (art. 1262 CC)– y que a partir de entonces deviene eficaz, generando entre ellos relaciones jurídicas, generalmente de tipo obligacional-crediticio.

Las cosas, sin embargo, no son igual de claras cuando se trata de promesa unilateral<sup>3</sup>. Para determinar su esencia hay que decir que tal promesa es un negocio de génesis unilateral, esto es obra de un único sujeto –el promitente–, cuya sola voluntad basta para celebrar ese negocio, y cuyo efecto es generar una relación obligacional-crediticia entre quien ha formulado tal promesa y el destinatario de la misma. Lo característico de la promesa unilateral es, pues, la existencia de una única voluntad, declarada por su autor con intención firme de quedar vinculado de modo inmediato con la persona a quien la misma va dirigida, sin requerir para ello la aceptación de esta, y con un contenido determinado además, también, solo por aquel<sup>4</sup>. De donde se deriva que, igual que ocurre con el contrato ya celebrado, la promesa unilateral, una vez hecha, es irrevocable<sup>5</sup>. Una promesa unilateral, por tanto, no puede identificarse, ni con la primera de las dos voluntades que se integran en un contrato –la oferta–, ni con un contrato «a medio formar» –pues un contrato no es la suma de dos promesas–.

Pero, así delineada la promesa unilateral, surge entonces inmediata la siguiente pregunta: ¿se encuentra esta figura admitida en nuestro Derecho hoy? La razón de plantear esto es que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato, cuya validez y eficacia no suscitan

<sup>3</sup> Para un estudio detenido sobre las promesas unilaterales y su admisibilidad en el Derecho español hoy puede verse nuestro trabajo, 1998, capítulos II-VI.

<sup>4</sup> Lo cual supone una diferencia fundamental con la oferta de contrato, ya que esta es la voluntad de un sujeto emitida con idea de vincularse con otro pero solo si previamente alcanza acuerdo con él, y con un vínculo cuyo contenido vendrá determinado además generalmente de modo conjunto entre ambos sujetos.

<sup>5</sup> A diferencia de lo que ocurre con la oferta de contrato, que como regla puede ser revocada por su autor mientras no sea aceptada.

ninguna duda, la promesa es un negocio cuya admisión como fuente general de obligaciones jurídicas ha sido tradicionalmente negada –y sigue siéndolo hoy–, con base en diversos argumentos.

De entre esos argumentos, destacan tres. Uno es, que no existe en nuestro Derecho precepto positivo ninguno que contemple esta figura como fuente general de obligaciones –se destaca en este sentido el artículo 1089 CC, que no la menciona–, añadiéndose que el Tribunal Supremo ha dicho en alguna ocasión que la relación de fuentes que en ese precepto se hace tiene carácter exhaustivo<sup>6</sup>. El segundo argumento es, que admitir esa figura se estima conllevaría violentar el principio de independencia patrimonial de las personas, pues supondría facultar a un sujeto –el promitente– para hacer ingresar el efecto de tal promesa en el patrimonio del sujeto destinatario de la misma –el promisorio– sin haber este manifestado previamente su voluntad favorable en ese sentido: para que tal principio sea respetado –se arguye–, es imprescindible contar previamente con esa voluntad, resultando entonces que la misma se integra en el negocio generador de tales efectos, que deviene en consecuencia bilateral, esto es contrato<sup>7</sup>. El tercer argumento se cifra en considerar que tales promesas resultan inconciliables con un sistema causalista como es el nuestro, por estimarse que no pueden responder en ningún caso a una causa válida y atendible<sup>8</sup>; otros autores, con un planteamiento más moderado, consideran sin embargo que en casos puntuales las promesas unilaterales sí podrían responder a una causa lícita –casos que son, se suele decir, la promesa pública de recompensa, el concurso con premio, la promesa hecha en cumplimiento de obligación natural y los títulos-valores–, por lo que admitirían su existencia, aunque solo en esos casos tasados<sup>9</sup>.

Este rechazo a las promesas unilaterales, ahora bien, debe hoy tenerse por superado, por cuanto las objeciones aducidas en contra de las mismas, o bien no son atendibles, o bien se pueden salvar. Es así, por lo siguiente.

La primera de las objeciones apuntadas, porque se refuta de modo simple advirtiendo que el artículo 1089 CC no es un precepto de eficacia propiamente normativa sino de mero carácter enunciativo o clasificatorio, que no constituye por tanto una relación cerrada de las fuentes de las obligaciones en nuestro Ordenamiento y que, por consecuencia, no impide admitir otras fuentes aunque no

<sup>6</sup> SSTS 25 de abril de 1924 (Colección legislativa núm. 48) y 25 de abril de 1928 (Colección legislativa núm. 75). En la doctrina, *vid.* ROCA SASTRE, 1948, pp. 206-207 (aunque luego matiza esta idea); PUIG PEÑA, 1966, p. 44; DÍAZ PAIRO, 1948, p. 14.

<sup>7</sup> BARASSI, 1948, t. II, p. 302; DÍAZ PAIRO, 1948, p. 15; PUIG PEÑA, 1966, p. 44; ALBALADEJO, 1972, p. 476; C. B (CASTRO Y BRAVO): ADC, 1973, pp. 1161-1163.

<sup>8</sup> PUIG PEÑA, 1966, p. 55; CASTIGLIA, *Riv. Dir. Comm.*, 1983, p. 330.

<sup>9</sup> GALGANO, 1992, p. 230; CASTRO Y BRAVO, 1967, p. 213.

estén mencionadas en él. Esta idea, de hecho, es hoy prevalente en nuestra doctrina<sup>10</sup>, pudiéndose añadir que las afirmaciones en contrario contenidas en las sentencias del Tribunal Supremo antes aludidas no constituyen siquiera un obstáculo serio en este sentido, ya que no tuvieron valor de *ratio decidendi* sino que fueron hechas a mayor abundamiento, habiendo además muchas otras sentencias, y de fecha posterior, que se muestran en contra del carácter exhaustivo del artículo 1089 CC<sup>11</sup>.

La segunda objeción se rebate considerando, que si bien el principio de independencia patrimonial de los sujetos no puede ser cuestionado en sí mismo –pues a toda persona debe reconocerse señorío para decidir qué entra, y qué no, en su esfera patrimonial–, sí puede serlo sin embargo en cuanto al expediente a través del cual esa independencia se hace efectiva. Y es que, aunque tradicionalmente esa independencia se ha articulado a través de la exigencia de aceptación contractual como mecanismo único en ese sentido, hoy es razonable considerar que en algunos casos puede hacerse efectiva a través de un mecanismo distinto<sup>12</sup>. Para evidenciar esto hay que partir de la base de que, a diferencia de lo que ocurre en los contratos, que como regla son onerosos y generan por tanto cargas –obligaciones– para las dos partes, en las promesas sus efectos son plenamente beneficiosos para su destinatario, ya que es el promitente quien asume toda la carga o parte pasiva –la obligación– de la relación jurídica que esas promesas pretenden originar, al tiempo que el promisorio recibe solo la parte activa de la misma –el derecho de crédito correlativo a esa obligación–. En las promesas unilaterales, en efecto, quien queda obligado es solo el sujeto que promete, no aquel a quien se hace la promesa –esto es consustancial a esta figura–. Pues bien, siendo esto así es razonable entonces considerar que en tal caso se puede atender satisfactoriamente al principio de autonomía patrimonial de los sujetos mediante un mecanismo distinto del tradicional, mecanismo distinto que se cifra en sustituir la carga de tener que intervenir activamente el destinatario de ese efecto en el negocio fuente del mismo mediante una aceptación de carácter contractual, por la posibilidad de rechazar con virtualidad retroactiva el efecto que le ha sido atribuido, haciendo como si nunca se hubiera producido si, a pesar de su carácter netamente beneficioso

<sup>10</sup> *Vid.*, entre otros, FERRANDIS VILELLA, *ADC*, 1958, p. 134; LALAGUNA, 1978, pp. 76 ss; HERNÁNDEZ GIL, 1988, t. III, p. 218; CASTÁN, 1992, t. III, p. 94.

<sup>11</sup> *Vid.*, a mero título de ejemplo, las SSTs: 1 de diciembre de 1955 (Colección legislativa, núm. 78), 13 de noviembre de 1962 (RJ 4288/1962), 15 de febrero de 1966 (RJ 492/1966), 30 de septiembre de 1975 (RJ 3408/1975) y 17-10-1975 (RJ 3675/1975).

<sup>12</sup> *Vid.*, en términos generales, DONISI, 1972, capítulos II y III; BENEDETTI, 1969; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1985, pp. 153-165; ANTUNES VARELA, 1970, p. 277; GOMÀA, 1968, p. 104.

para él, no lo quiere. Resultando así que el principio de autonomía patrimonial se ve salvaguardado también en este caso, aunque a través de un expediente compatible con la génesis unilateral del negocio que, además, es más ajustado a las circunstancias del caso –ya que el *id quod plerumque accidit* nos dice que las personas, por lo general, admiten lo que les favorece sin tener que dar nada a cambio–<sup>13</sup>. Pudiéndose apuntar aquí, para respaldar esto, que un expediente similar opera en nuestro Ordenamiento en diversos supuestos –pacíficamente admitidos– en los que se realiza una atribución patrimonial a favor de un sujeto sin haber intervenido este en el negocio generador de la misma: *vid.*, *v.gr.*, lo que ocurre con las promesas públicas de recompensa, las promesas hechas en cumplimiento de obligación natural, las estipulaciones a favor de tercero (art. 1257.2 CC), las hipotecas de constitución unilateral (art. 141 LH), los legados de cosa específica y determinada propia del testador (arts. 882 y 888 CC), etc.

Y la tercera objeción apuntada, hay que decir que tampoco es atendible. La razón, ahora bien, no es que a estas promesas no sean aplicables las exigencias causales que en relación con los negocios son propias de nuestro sistema, pues este es netamente causalista, y no cabe por tanto pensar en una excepción en relación con las promesas unilaterales. La razón, partiendo de que «causa» de un negocio es la concreta función práctica que se pretende alcanzar por su autor o autores al celebrarlo, es que no es posible afirmar apriorísticamente que las promesas unilaterales no pueden nunca estar sustentadas en una causa lícita, ya que la valoración de si una promesa responde o no a una causa atendible es algo que solo puede hacerse atendiendo a cada caso concreto. No siendo posible tampoco plantear que un sujeto no puede nunca tener una causa lícita para querer cargar sobre sí una obligación a favor de otro, dado que en tema de causa rige en nuestro Derecho un principio de *numerus apertus*<sup>14</sup>.

Con lo dicho, sin embargo, la cuestión no puede considerarse definitivamente zanjada, pues una cosa es que las objeciones que tradicionalmente se han aducido contra las promesas puedan ser salvadas, y otra que estas promesas hayan de ser admitidas en nuestro Derecho: nótese que, aunque el Código Civil no prohíbe esta figura, en todo caso no la tuvo en consideración, respondiendo ello al parecer común de su tiempo a ese respecto.

<sup>13</sup> Téngase en cuenta que no se trata de producir, para el destinatario de la promesa, efectos contra su voluntad, sino simplemente de operarlos sin requerir la intervención activa de su voluntad. Esta distinción –contra/sin su voluntad–, apuntada en su día por WORMS, 1891, p. 110; la reitera más recientemente MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1985, p. 162.

<sup>14</sup> DELL'AQUILA, *RDP*, 1979, p. 799; DONISI, 1972, pp. 218-249; DEMOGUE, 1923, t. I, pp. 59-60.

Por eso, después de haber rebatido los argumentos en contra de la misma hay ahora que analizar si existen razones positivas que hagan a esta figura merecedora de reconocimiento en nuestro Ordenamiento actual. Pues bien, esas razones existen. Derivan, una, del principio de autonomía privada, y otra, del principio de protección de la confianza legítima.

El primer principio, como antes se dijo, es el poder que el Ordenamiento reconoce a los sujetos para que atiendan a sus intereses constituyendo relaciones jurídicas en los términos que consideren mejor les conviene: pues bien, esto, además de al contrato, es perfectamente aplicable también a la promesa unilateral, siendo así que esta idea se ve aquí incluso reforzada, por cuanto en este caso la voluntad del promitente es generar una obligación a su cargo y a favor de otra persona, sin exigir de esta nada a cambio<sup>15</sup>. Y el segundo principio, por su parte, también es aplicable a esta figura, pues no cabe duda de que la promesa que un sujeto hace a otro, cuando es firme y responde a una causa atendible, genera en este una confianza legítima –de que va a recibir lo que le ha sido prometido en firme– que el Ordenamiento, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, no puede luego dejar desamparada, permitiendo al promitente burlarla<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Este fundamento fue propugnado primeramente por WORMS, aunque en términos inadecuados por excesivos: «Je dois pouvoir par ma seule volonté modifier ma propre situation, car j'ai des droits souverains sur moi-même. Je puis donc, par une déclaration unilatérale, m'obliger envers autrui» (1891, pp. 6 y 200; en España, el principal paladín de la concepción radical de Worms fue BONILLA SANMARTÍN, *RGLJ*, 1901, pp. 223 ss y 509 ss).

En tales términos radicales, sin embargo, este fundamento está hoy muy desvalorizado, considerándose que lleva a incurrir en contradicción entre lo que es, de un lado, presupuesto esencial de la idea de obligación –que el deudor no puede, por su sola voluntad, sustraerse a ella–, y lo que, del otro, se piensa sería forzoso concluir si este fundamento se admitiera: que, si la sola voluntad de un sujeto puede hacer nacer una obligación a su cargo, igual podrá después desligarse de ella por sí sola (DÍAZ PAIRÓ, 1948, p. 15; LACRUZ, 1985, p. 174; MARTY y RAYNAUD, 1962, t. II.1.º, p. 277; MAZEAUD, 1969, t. II.1.º, pp. 298 ss; DEMOGUE, 1923, t. I, p. 54). Esta crítica, ahora bien, en verdad no es sino una petición de principio, pues, si se admite que la promesa de un sujeto produce efectivamente obligación jurídica a su cargo, resulta entonces, por hipótesis, que esa misma voluntad no puede después desligarse de ella por sí sola (así lo destacan FLOUR y AUBERT, 1975, p. 379; y GOMAA, 1968, núm. 94). No es contradictoria en modo alguno, por tanto, la idea de una obligación de nacimiento voluntario a través de negocio de génesis unilateral. Y, por ello, la atendibilidad del principio de la voluntad como fundamento válido de las promesas unilaterales debe afirmarse rotundamente.

<sup>16</sup> Este fundamento es hoy el dominante entre quienes se muestran favorables a la promesa unilateral: *vid.* PUIG BRUTAU, 1959, t. I.2, pp. 82 y 85 ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1985, pp. 203 ss. En países de nuestro entorno, SACCO, 1958, vol. I, pp. 661 ss; DELL'AQUILA, *Studi Senesi*, 1975, pp. 261-262; SBISA, 1974, pp. 45 ss; CASTIGLIA, *Riv. Dir. Comm.*, 1983, p. 330; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, 1906, t. I, p. 40; DEMOGUE, 1923, p. 52; MARTIN DE LA MOUTTE, 1951, p. 266; ANTUNES VARELA, 1970, p. 280. Algunos de estos autores, sin embargo, se fijan en demasía solo en este fundamento, sin atender al principio de la voluntad, lo cual es, a nuestro entender, incorrecto.

La validez y eficacia de las promesas unilaterales viene, así, fundamentada en los dos principios referidos, que han de considerarse conjuntamente, no en términos de alternativa entre ellos. Es la conjunción de ambos factores lo que sustenta la procedencia de dar respaldo jurídico a esa figura, sancionando lo prometido con obligatoriedad<sup>17</sup>.

Sentado lo cual, recapitulamos entonces lo dicho apuntando que las promesas unilaterales son negocios a los que hay que reconocer validez y eficacia en nuestro Derecho actual como fuente general de obligaciones, siempre que se ajusten a los presupuestos que su naturaleza y el Ordenamiento imponen. Esto es, que la voluntad del promitente sea constituir por sí solo una relación obligacional-crediticia, sin requerir para ello la intervención activa del destinatario en el negocio fuente de la misma<sup>18</sup>; que la obligación que con ella se pretende generar la asuma enteramente quien formula la promesa, atribuyendo a su destinatario solo el derecho de crédito correlativo a tal obligación (lo cual puede suponer excepcionalidad de la figura desde un punto de vista estadístico, pero no jurídico); que la promesa responda, en cada caso concreto, a una causa lícita y atendible (y compatible con la naturaleza unilateral del negocio, porque no trate de articular una operación de cambio); y que se permita al destinatario de la misma rechazar con virtualidad retroactiva la atribución que se le hace si, no obstante su carácter plenamente favorable, no la quiere.

<sup>17</sup> Esta obligatoriedad de la figura, además de ser solución justa y adecuada a la luz de los principios, es también conveniente desde el punto de vista práctico. Considérese en este sentido, sobre la base de que permitir al declarante revocar *ad nutum* lo previamente prometido no resulta en modo alguno aceptable, que cualquier otra solución –que cabe la revocación, pero debiendo el promitente indemnizar al promisorio los daños y perjuicios causados por la misma; o que la promesa es irrevocable pero que en todo caso debe ser contractualmente aceptada por el promisorio, si bien esa aceptación se advierte en el hecho de reclamar este lo prometido– no resulta satisfactoria. La primera solución, porque la indemnización dineraria no satisface siempre la confianza defraudada. Y la segunda, porque no es admisible valorar como aceptación contractual lo que es solo exigencia o ejercicio de un derecho que ya se cree tener. En cambio, si se reconoce auténtica virtualidad obligacional a estas promesas, el resultado es que el declarante queda obligado a cumplir lo prometido –esto es, a hacer el sacrificio previsto y querido por él al formular la promesa, *in natura*–, y que el promisorio ve enteramente satisfecha su confianza.

<sup>18</sup> Nótese en este sentido que, aunque la operación sea plenamente beneficiosa para su destinatario, la no intervención activa de este en el negocio fuente de la misma no es algo forzoso sino una posibilidad que queda en manos del sujeto que asume la carga de tal operación, en función de cómo configure su voluntad (principio de autonomía de la voluntad). Pues, si lo hace requiriendo la aceptación del destinatario de la misma, el negocio en cuestión no se perfeccionará ni vinculará al declarante mientras su voluntad no sea aceptada por aquel, y entonces será de génesis bilateral (un contrato). Solo será negocio de génesis unilateral (promesa) si su ánimo es el de obligarse a favor de otro por la fuerza de su sola voluntad, sin requerir para ello la aceptación del destinatario.

Es verdad que este planteamiento no cuenta en nuestro Derecho con el respaldo de ningún precepto, diversamente a lo que ocurre en la mayoría de los Ordenamientos de nuestro entorno, que sí contemplan a nivel positivo casos concretos de promesas<sup>19</sup>. Pero esto, antes que un inconveniente puede considerarse incluso una ventaja, pues al no existir normas –con sus habituales defectos y limitaciones– se deja al jurista con el planteamiento teórico referido en toda su amplitud, lo que permite dar respaldo jurídico a todas las promesas que sean dignas de tutela, aunque no estén tipificadas en normas positivas.

Dicho lo cual es tiempo entonces de volver a la cuestión que al inicio de este apartado quedó planteada: ¿son, la promesa unilateral y la promesa (o precontrato) de donación, la misma figura?

La pregunta tiene razón de ser porque, si efectivamente se tratara de la misma figura, la imposibilidad de celebrar promesas (o precontratos) de donación que al comienzo del trabajo apuntamos se viene afirmando tradicionalmente y de forma sentenciosa se vería rebatida, al menos en lo que atañe al elemento «promesa», con lo que en las páginas anteriores ha quedado dicho. ¿Se trata –volvemos, por ello, a repetir la pregunta– de la misma figura?

Pues bien, a esto hay que contestar rotundamente que no, por dos razones.

Una, porque la promesa unilateral en sentido propio es un negocio perfecto y acabado en sí mismo, que no mira en absoluto a la celebración ulterior de otro negocio –una vez celebrada esta promesa, solo queda que el promitente cumpla materialmente la obligación surgida a su cargo y a favor del promisario–, mientras que la llamada «promesa (precontrato) de donación», aunque su esencia no sea cosa del todo clara –ya se avanzó esto en un momento anterior, postponiendo la cuestión para el punto tercero del trabajo–, en todo caso sí resulta claro que constituye un negocio cuya virtualidad es vincular de alguna forma a las partes del mismo a celebrar en el futuro otro negocio, o al menos a realizar en el futuro cierta actividad jurídica necesaria –indispensablemente– para el cumplimiento del mismo.

Y otra, porque, aunque la esencia del precontrato o promesa de contrato no sea del todo clara, de lo que en todo caso no hay duda es de que se trata de un negocio de carácter contractual, esto es de un negocio cuya celebración requiere el concurso activo de las dos partes concernidas en la operación. La expresión «promesa de donación» seguramente se explica –no decimos que se justifica– por

<sup>19</sup> *Vid.* artículo 1987 CC italiano; § 305 BGB; artículo 457 CC portugués; artículos 8 y 846 ss Código de Obligaciones suizo.

cuanto la operación que con ella se pretende realizar viene animada por causa de liberalidad –consiste en una atribución patrimonial que un sujeto quiere hacer a otro sin pedirle nada a cambio, para enriquecimiento de este– pero con la peculiaridad de tener cierto carácter de futuridad. Este «carácter de futuridad», ahora bien, sea lo que sea –de ello trataremos igualmente en el punto tercero del trabajo–, no quita que el negocio en cuestión sea de naturaleza contractual. En esto no hay duda ni discusión ninguna. De donde se deriva entonces una diferencia sustancial entre una figura y otra, dado que la promesa en sentido propio es negocio de génesis unilateral, esto es, obra de la voluntad de un solo sujeto (el promitente).

No cabe, pues, confundir ni mezclar la promesa unilateral (en sentido propio) con el precontrato o promesa de donación, porque aunque entre ellos exista cierta proximidad desde el punto de vista de los efectos –ya que son, en ambos casos, plenamente beneficiosos para una de las partes, asumiendo la otra todo el peso de la operación–, desde el punto de vista de vista conceptual y de su génesis son figuras radicalmente distintas.

La similitud entre esas figuras no puede, pues, ir más allá de lo dicho. Lo que determina que el debate sobre la admisibilidad o no del precontrato o promesa de donación haya de resolverse con absoluta independencia de lo que se considere en relación con las promesas unilaterales en sentido propio. No cabe, en modo alguno, resolver aquel con argumentos propios de este.

## 2. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL

Delineada debidamente en el apartado anterior la noción de «promesa» –uno de los dos términos que, al menos desde un punto de vista literal, componen la denominación de la figura objeto de estudio aquí: la promesa (o precontrato) de donación–, procede ahora que tratemos del otro término –«donación»– que integra esa denominación.

Aquí, la cuestión se cifra en determinar si en nuestro Ordenamiento actual la donación es un negocio de eficacia traslativa (dispositiva) u obligacional. Esto es, si la atribución patrimonial gratuita en que toda donación consiste se produce como efecto directo e inmediato del negocio donatorio, sin obligación intermedia entre uno y otro, o si por el contrario tal resultado se articula de forma mediata, por la vía de una obligación interpuesta. Se trata de una cuestión cuya resolución previa es necesaria para este estudio, pues si la eficacia de la donación fuera siempre y necesariamente traslativa esto dejaría casi zanjada definitivamente, y de modo negativo,

toda disquisición acerca de la admisibilidad del precontrato o promesa de donación en nuestro Derecho, dado que esta figura viene caracterizada –ya se ha dicho antes– por una cierta idea de futuridad, lo que supone que durante un tiempo los efectos de la misma se han de mover en el plano obligacional.

Hemos de plantearnos aquí, pues, cuál es la operatividad de la donación en nuestro Derecho hoy. ¿Es posible, en él, configurar una donación de eficacia no dispositiva sino meramente obligacional? ¿Cabe hablar de una obligación de dar contraída *donationis causa*, o debe por el contrario considerarse tal hipótesis como un absurdo jurídico, o al menos como un imposible en nuestro Ordenamiento actual?

Se trata de un tema en el que, después de muchos estudios, sigue sin llegarse a una solución del todo pacífica<sup>20</sup>. Disputan el campo dos tesis principales.

Una, que fue casi indiscutida desde el siglo XIX hasta los años cuarenta del siglo XX –pero que luego ha seguido teniendo valedores–, sostiene que la donación es negocio de eficacia meramente obligacional, necesitado por tanto de un acto complementario de *traditio* para transmitir al donatario la cosa objeto de la misma<sup>21</sup>. La otra tesis, que a partir de los años cuarenta del siglo XX ha ido ganando terreno hasta el punto de ser hoy prevalente en la doctrina, sostiene que la donación es negocio de eficacia inmediatamente traslativa, no necesitado por tanto de entrega o *traditio* para producir el efecto transmisivo que pretende<sup>22</sup>.

La primera de esas tesis, sin embargo, no se sustenta en una fundamentación sólida. Es, más bien, fruto de la premisa de que parte –el negocio de donación es título que debe ir seguido de *traditio* para operar el traspaso jurídico-real, porque esa es la operatividad normal de los contratos en el Derecho español, y la donación es un contrato–, siendo así además que esa premisa –que la donación es un contrato– no se apoya en argumentos positivos de peso que la respalden: en este punto, los partidarios

<sup>20</sup> Hemos estudiado con detenimiento esta cuestión en *RCDI*, 2019, pp. 571-598. Sin perjuicio de lo cual, *vid.* también CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 403-472, espec. 444-472; VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 323 ss; SÁNCHEZ-BLANCO, *Información jurídica*, 1952, pp. 795 ss; PUIG BRUTAU, 1956, t. II, 2.º, pp. 59 ss; FERRANDIS VILELLA, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 329-361 y 579-609; LALAGUNA, *RDP*, 1964, pp. 275-299; *Id.*, *RDP*, 1973, pp. 383-411; DE LOS MOZOS, *RDP*, 1971, pp. 803-821; LACRUZ BERDEJO, 1986, pp. 121 ss.

<sup>21</sup> *Vid.* GUTIÉRREZ, 1871, t. V, pp. 82 y 87; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, 1881, t. II, p. 380; SÁNCHEZ ROMÁN, 1899, t. IV, capítulo XXII, núms. 3, 5 y 48 ss; DE DIEGO, 1913, t. III, pp. 32, 45-46; ÁLVAREZ SUÁREZ, 1945, p. 118. En tiempos más recientes, ESPÍN, 1957, pp. 505-507; PUIG PEÑA, 1966, pp. 652, 654-657; ALBALADEJO, 1991, t. VIII.2, *ad art.* 618, pp. 10 ss; CASTÁN, 1915, t. IV, pp. 219 ss.

<sup>22</sup> Por ser hoy mayoritaria, no requiere aquí cita de autores.

de esta tesis se limitan fundamentalmente a criticar los obstáculos con que tal idea se encuentra<sup>23</sup>.

La segunda tesis, en cambio, presenta un fundamento mucho más amplio y profundo, apoyado en argumentos literales<sup>24</sup>, de conjunto<sup>25</sup>, sistemáticos<sup>26</sup> e históricos<sup>27</sup>. Argumentos, estos, que si bien no son todos inequívocos si se consideran de forma aislada,

<sup>23</sup> El único argumento positivo en que los partidarios de esta tesis, en general (salvo DE LOS MOZOS, *RDP*, 1971), sustentan la misma, se cifra en la exigencia de aceptación del donatario de que hablan los artículos 618 y 629 CC y en la remisión que el artículo 621 CC hace a las disposiciones generales del Código en tema de obligaciones y contratos, para todo aquello que no esté regulado en el título dedicado a las donaciones.

<sup>24</sup> Se atiende aquí a los términos «acto» y «dispone» que emplea el artículo 618 CC al definir la donación. Y, con respecto al término «acto», se apunta que si bien ha sido tradicional explicarlo con base en el denominado «error de Napoleón», esto no puede mantenerse para nuestro Código Civil, por ser español y no francés, y por ser de fecha casi cien años posterior. Ese término, se dice, «responde a un criterio conceptual del legislador», criterio que se encuentra considerando el otro término destacado del precepto («dispone»), que implica «un concepto totalmente distinto de obligar [...], pues mientras los [negocios de disposición] tienen por objeto directo e inmediato operar la transmisión patrimonial, los [negocios de obligación] la operan... por el rodeo necesario de una obligación interpuesta, cuyo cumplimiento o pago operará la transmisión» (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 454; también VALLET, 1978, pp. 344-345; RODRÍGUEZ ADRADOS, *AAMN*, 1968, p. 442, nota 38; LACRUZ, 1986, p. 121).

<sup>25</sup> «Toda la regulación contenida en el Título II [del Libro III] del Código –dice VALLET– es acorde con [la eficacia inmediatamente transmisiva de la donación]» (1978, p. 345). Es así, se dice también, porque «no se percibe nunca en su articulado alusión alguna a la idea de obligación, como situación intermedia entre la voluntad y la transmisión» (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 456; PUIG BRUTAU, 1956, pp. 63-64). Con esta misma orientación se destacan también los artículos 634 y 635 CC, que establecen que objeto de las donaciones han de serlo necesariamente bienes presentes, «esto es, de los que se puede “disponer” al tiempo de la donación», y que excluyen las donaciones de cosa futura: «si la donación fuese un negocio obligacional –se plantea–, ¿qué inconveniente habría en la donación de cosa futura?» (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 457).

<sup>26</sup> Pues el legislador, en el artículo 609 CC, separa los negocios dispositivos típicos, como el testamento y la donación, de aquellos otros negocios que realizan la transmisión a través de una obligación previa de dar seguida luego de *traditio*, circunstancia que se confirma cuando el Código desarrolla toda la regulación de la donación en el libro III, dedicado a «los modos de adquirir la propiedad», y entre la ocupación y la sucesión, cuyo carácter directamente adquisitivo no ofrece la menor duda (CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 455-456; VALLET, 1978, pp. 348-439 y SÁNCHEZ-BLANCO, *Información Jurídica*, 1952, pp. 806-807; FERRANDIS VILELLA, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 344-345; LALAGUNA, *RDP* 1964, p. 284; LACRUZ, 1986, pp. 126-127; Díez-PICAZO, *ADC*, 1966, p. 563).

<sup>27</sup> Desde el punto de vista histórico, ahora bien, es fundamental distinguir épocas, ya que el planteamiento al respecto ha ido cambiando a lo largo del tiempo.

En el Derecho romano, desde que la donación se configuró como negocio autónomo –en el año 316, con una ley del emperador Constantino (Codex, 8, 53, 25)–, hay que considerar dos períodos: uno primero, a partir de esa ley, en el que la donación tendría solo carácter traslativo, y otro, con Justiniano, en el que se admitiría que podía tener tanto eficacia traslativa (en la práctica la más frecuente) como obligacional (BIONDI, 1961, XII, t. IV, núms. 17-18; ARCHI, 1964, t. XIII, núm. 19 a); VALLET, 1978, pp. 326 ss).

En el Derecho Común no se encuentra una idea clara, en tanto se advierten en él tres orientaciones. Pues para PLACENTINO parece que tenía eficacia traslativa (VALLET, 1978, p. 330, tomado de BUSSI; en el mismo sentido parece pronunciarse también AZON, al decir de BELLOMO, 1964, t. XIII, núm. 4). PAULO DE CASTRO, en cambio, pareció sostener su carácter obligacional (VALLET, 1978, p. 330, tomado también de BUSSI). Y ACCURSIO, por su parte, parece que admitió tanto la donación traslativa como la de eficacia obligacional (BELLOMO, 1964, t. XIII, núm. 4, quien además señala que «questa tesi,

tomados en conjunto sí llevan claramente a la conclusión de que el entendimiento mejor fundado en este tema es el que proclama la eficacia inmediatamente traslativa de la donación regulada en nuestro Código Civil –en el título II de su libro III: artículos 618 y

più prudente, finiva coll'afferarsi al tempo dei commentatori: Bartolo...»; también DE LOS MOZOS, *RDP* 1971, *op. cit.*, p. 808).

En nuestro Derecho histórico, el Fuero Juzgo (Libro V, Título II, ley VI) y el Fuero Real (Libro III, Título XII: leyes I, II y X) parecen seguir una concepción de la donación de virtualidad solo traslativa (aunque el tenor de los textos no impide divergencias en su entendimiento), mientras que las Partidas (Partida V, Título IV, ley IV) parecen admitir también la donación obligacional (aunque tampoco el texto es inequívoco).

Los autores castellanos más destacados en el tema, por su parte, cabe entender distinguieron los dos tipos dichos de eficacia de la donación. Así ANTONIO GÓMEZ, quien afirmó que «donatio sit et celebratur dupliciter. Primo modo, “traditione rei”. Secundo modo, “promissione”»; «Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri causa donationis; quia tunc statim valet et perficitur donatio, et transit dominium et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, et causa donationis. Quo casu nulla oritur actio vel obligatio ipsi donatario pro ipsa re, cum eam habeat (...). Promissione, quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare vel tradere aliquam rem. Quo casu de iure antiquo requiribatur solemnitas stipulatio, et talis contractus celebrabatur verbis. Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic fit solo consensu partium» (1768, t. II, capítulo IV, núm. 1). También PICHARDO DE VINUESA: «dupliciter enim donatio considerari debet, aut praesens, quae acquisitio est, et traditione confirmatur..., aut futura, quae est obligatio de donando...» (1657, libro II, t. VII, § *Aliae autem, Sciendum*, núm. 9). Y LUIS DE MOLINA (S. I.), 1602 (pero ed. de 1943), t. II, vol. I, disputaciones CCLIV, núm. 14, y CCLXXIII, núms. 2 y 3. Y, sobre esta base, dice VALLET –1978, pp. 332 ss, apoyándose en ANTONIO GÓMEZ (II-II, núm. 35, y II-IV, núm. 3) y en LUIS DE MOLINA (disp. CCXLI, CCLII, CCLXIII, CCLXIX, CCLXXII, CCLXXIII, CCLXXIV)– que los clásicos distinguieron las características propias de cada una de esas modalidades, sintetizadas así: a) La donación traditoria opera *per se* la transmisión del dominio, mientras que la donación promisoria solo genera obligación de entregar a cargo del donante; b) La donación traslativa excluye que pueda versar sobre bienes futuros; lo contrario ocurre, en cambio, cuando se trata de donación obligacional; c) En la donación traslativa, el donante no responde por evicción ni por saneamiento, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de donación promisoria; d) La donación traditoria requiere, por parte del donante, posibilidad objetiva de disponer; en la donación promisoria, en cambio, basta la capacidad de obligarse. DE LOS MOZOS, sin embargo, discrepa de lo anterior considerando que en nuestro Derecho histórico la donación precisaba siempre de *traditio*, aunque fuera instrumental y de realización simultánea a la celebración de la donación (*RDP*, 1971, p. 810).

¿Cuál es el entendimiento más correcto de esos antecedentes históricos? La cuestión es difícil. Para nuestro propósito, ahora bien, pensamos que no resulta necesario empeñarnos en resolverla de forma definitiva, porque esos antecedentes son demasiado lejanos para determinar por sí solos la realidad actual. Más importante para esta es un factor más cercano en el tiempo: el *Code* francés del año 1804, en el que se establece que la donación conlleva transmisión inmediata de la propiedad (*vid.* su artículo 894). Y resulta un factor más trascendental, porque el *Code* fue la obra legislativa que dominó el ambiente del siglo XIX y que tuvo influencia más importante en nuestro Código Civil (claro exponente de ello es el tenor del Proyecto de Código Civil de 1851: cfr. GARCÍA GOYENA, 1852, t. II, ad arts. 548 y 941). Por eso, aunque en la doctrina patria no hubiera unanimidad en este tema (*vid.* GUTIÉRREZ, 1871, t. III, pp. 34 ss, y t. V, pp. 82 y 87; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, 1881, p. 380), es plausible entender que nuestro Código siguió la regulación de la donación en su libro III, dedicado a «los diferentes modos de adquirir la propiedad»; por qué el artículo 609 CC la considera separadamente de los contratos que transmiten el dominio mediante *traditio*; por qué el artículo 618 CC, al describir la donación, habla de acto (no de contrato) y de disponer (no de obligar); y por qué en la regulación del título II del libro III del Código no se dio acogida a las normas que en nuestro Derecho histórico había sido propias de las donaciones obligacionales y sí en cambio a las propias de las donaciones traslativas: *vid.* artículos 624, 635 y 639 CC (VALLET, 1978, p. 348).

siguientes–, pues es el que permite armonizar mejor todos los datos en juego. Esto, estamos convencidos de que es así.

Otra cosa es que eso lleve a considerar que la donación obligacional se ve entonces absolutamente impedida, o excluida de nuestro Ordenamiento. Con esto no estamos de acuerdo, pues, sin perjuicio de lo dicho hace un momento, creemos que existe en él forma de darle entrada. ¿Cómo es posible esto?

La clave está en situar los datos normativos existentes en sus coordenadas precisas, lo que se traduce en considerar que si bien la donación regulada en el título II del libro III del Código Civil es de eficacia traslativa y no obligacional, esta última tiene sin embargo cabida llevándola al libro IV del Código. Aquí, en efecto, la cuestión se ve con una luz distinta, al advertir que en el ámbito del Derecho privado patrimonial la autonomía de la voluntad es principio fundamental, y que en esta sede –libro IV del Código Civil– no hay obstáculos que impidan configurar voluntariamente –es decir, negocialmente– una obligación de dar a título gratuito<sup>28</sup>.

A la vista de lo cual se puede –y se debe– concluir que, aunque la modalidad de donación que el legislador tuvo en cuenta al redactar el Código Civil –y que se plasma en particular en el título II de su libro III–

<sup>28</sup> Así, CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 449-450, 468, 471; SÁNCHEZ-BLANCO, *Información Jurídica*, 1952, p. 803 ss; PUIG BRUTAU, 1956, t. II, 2.º, pp. 67-69; GULLÓN, 1968, pp. 71-72. En este sentido, FERRANDIS (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, *passim*, pero especialmente pp. 329-330, 579-580), tras pasar revista a los artículos 1088 y 1254 CC, afirma que, «por lo que se refiere al concepto de obligación,... no hay inconveniente en admitir la existencia de obligaciones de dar a título gratuito, y en cuanto al concepto de [negocio],... el artículo 1254 responde a una concepción lo suficientemente amplia y general como para poder ser aplicada tanto al supuesto de que... engendre obligaciones recíprocas como al de que origine obligaciones para una sola de las partes, puesto que en dicho artículo no están prejuzgadas... ni la unilateralidad o la bilateralidad del [negocio], ni su onerosidad o gratuidad. Es, por tanto, innegable –concluye– la admisibilidad en nuestro Derecho de un [negocio] que dé lugar a una obligación de dar a título gratuito» (*op. cit.*, p. 581).

No son atendibles, en cambio, las razones que se apuntan en contra de lo dicho. Esas razones son, fundamentalmente, las siguientes (NÚÑEZ LAGOS, *RGLJ*, 1946, p. 142; y VALLET, 1978, pp. 353-354): a) Que en una donación obligacional no cabe condenar al donante, si llegado el momento no cumple esa obligación; b) Que una donación obligacional supone que la *datio* subsiguiente será hecha en pago o cumplimiento de una obligación, *i.e. solvendi causa*, lo que es un absurdo lógico; c) Que el artículo 1901 CC considera supuesto de pago indebido (no repetible) el hecho a título de liberalidad, lo que supone, dado que ese pago es indebido, que la obligación de dar a título gratuito no es exigible jurídicamente (aunque, una vez realizada la entrega, no sea repetible). Estos argumentos, ahora bien, se pueden rebatir: a) el primero, por ser una petición de principio, ya que, si se admite la donación obligacional, efectivamente será posible pedir y lograr esa condena, en caso de que el donante no cumpla su obligación; b) el segundo, porque no son incompatibles la idea de una *datio* hecha en cumplimiento de una obligación y la idea de que esa *datio* responda a una *causa donandi*, pues gratuidad y liberalidad son calificativos que han de referirse al negocio que está en el origen de la operación, no al cumplimiento de la obligación derivada de la misma: la idea de pago de la obligación derivada de un negocio gratuito no es un absurdo lógico ni jurídico; c) y el tercero, porque la entrega a título de liberalidad de que habla el artículo 1901 CC –que excluye la devolución– se puede entender referida a la donación traslativa y no a la donación obligacional, pues esta, por propia esencia, implica obligación y, por consecuencia, pago debido.

fue la de virtualidad inmediatamente traslativa, eso no obstante los sujetos tienen autonomía para, si así lo quieren, celebrar negocio en virtud del cual constituyan a cargo de uno de ellos una obligación de dar a título gratuito a favor del otro, negocio que por tanto tiende también a producir una atribución jurídico-real gratuita a favor de un sujeto pero que sin embargo no la hace efectiva de forma inmediata sino mediata, a través de *obligatio* interpuesta, cuando el deudor cumpla esa obligación<sup>29</sup>. Lo que significa que en nuestro Derecho actual es posible un negocio de donación obligacional<sup>30</sup>.

Conclusión, esta, en refuerzo de la cual cabe apuntar, además, que pretender lo contrario es cosa que resulta verdaderamente chocante incluso desde un punto de vista intuitivo, ya que esa es una idea plenamente conforme con la psicología humana. Sin poderse ignorar tampoco que la donación obligacional, aparte de estar admitida francamente en el Derecho Comparado<sup>31</sup> y de tener antecedentes en nuestro Derecho histórico, cuenta en nuestro Ordenamiento actual con reflejo en diversos preceptos: artículos 1340, 1341 y 1363 CC, y 168.1.c) LH<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> En una donación traslativa, la disminución del activo del donante es inmediata. En una donación obligacional, en cambio, la consecuencia primera del negocio es el aumento del pasivo del donante: la efectiva disminución del activo solo se produce en un momento posterior, cuando tenga lugar la entrega con que cumple esa *obligatio*.

<sup>30</sup> Afirma aquí FERRANDIS, atinadamente, que, una vez establecido lo anterior, «resultaría una cuestión bizantina... indagar si tal [negocio] ha de ser considerado como un [negocio] atípico o si, por el contrario, le corresponde el esquema típico de alguna figura negocial. Indudablemente —dice—, se tratará de un [negocio] de donación, porque la finalidad económica perseguida, la causa del acto y los intereses que están en juego en tal hipótesis son exactamente los mismos que en la donación con eficacia real o inmediatamente traslativa» (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 581). Y es que, en efecto, para determinar si la obligación de dar a título gratuito que un sujeto asuma en favor de otro puede considerarse o no donación, no basta con acudir a lo dispuesto en el artículo 618 CC, ya que este es principalmente una definición de nuestro Código que puede expresar con excesiva estrechez el concepto de donación, con el que sin embargo no hay dificultad: negocio que produce un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento correlativo del donatario, realizado con intención de liberalidad. La calificación de un determinado acto como donación depende, fundamentalmente, de «una especial finalidad de política jurídica: la de proteger intereses superiores al interés del propio donatario», en razón al perjuicio que de ello se puede derivar para los acreedores y los legitimarios del donante (PUIG BRUTAU, 1956, t. II, 2.º, p. 68). Y ocurre que ese efecto, ese *animus* y esos intereses no se dan solo en las donaciones traslativas sino también en las obligacionales: ¿acaso no hay en estas un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario causado por un ánimo liberal, que puede afectar negativamente a los acreedores y legitimarios de aquel?

<sup>31</sup> En Alemania: § 518 BGB; en Italia: artículo 769 *Codice*; e incluso en Francia, donde a pesar de la dicción del artículo 894 del *Code* hoy se admite que la donación puede también tener eficacia obligacional, además de efecto traslativo inmediato.

<sup>32</sup> Y la jurisprudencia, aunque no es inequívoca, no puede tampoco decirse que sea contraria a ella. Suelen citarse, en contra de su posibilidad, dos sentencias, una lejana en el tiempo —6-6-1908 (Colección legislativa, núm. 84)—, la otra menos —22 de junio de 1982 (RJ 3437/1982)—. Tal planteamiento, sin embargo, en ninguna de ellas fue determinante del pleito, pues sus consideraciones fueron simples *obiter dicta*. Y en sentido favorable a la donación obligacional se muestra además la STS 7 de diciembre de 1948 (RJ 1433/1948), que afirma expresamente (aunque también sin valor fundamentador del fallo) que «son

Lo cual no significa, ahora bien, que la eficacia de la donación en nuestro Derecho sea siempre obligacional. Significa, sencillamente, que puede tener eficacia tanto traslativa como obligacional, dependiendo de cuál haya sido la voluntad de los sujetos al celebrar el negocio, esto es de cuál haya sido la eficacia sea la que los sujetos hayan querido darle.

¿Qué supone esto, para nosotros? Esta es la cuestión clave aquí, y la que justifica las consideraciones hechas en las páginas anteriores. Y es que, tal como al inicio de este apartado quedó dicho, si la eficacia de la donación en nuestro Derecho fuera siempre y necesariamente traslativa (dispositiva), la viabilidad del precontrato de donación podría concluirse queda excluida de raíz –aunque quizá no hubiera de ser así necesariamente–, dado que el precontrato (o promesa de contrato) es, como a continuación veremos, figura marcada por una cierta idea de futuridad, lo que determina que sus efectos se desenvuelvan, al menos durante un tiempo, en el terreno obligacional.

Pues bien, esto dicho, lo que importa destacar ahora es que, en tanto la posibilidad de donaciones obligacionales es cosa que ha de tenerse por firmemente establecida en nuestro Derecho actual, de ahí resulta que, al menos por cuanto hace a esta parte de la ecuación, no hay obstáculo que impida la viabilidad del precontrato de donación. Esto es lo que en este momento hay que dejar sentado.

### III. EL PRECONTRATO DE DONACIÓN. LA POLÉMICA RELACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE «PRECONTRATO» Y DE «DONACIÓN»

Una vez hechas en el punto anterior las precisiones delimitadoras vistas, pasamos entonces a ocuparnos del precontrato (o promesa) de donación, figura de la que, tal como se dijo al inicio del trabajo, es habitual ver afirmado sentenciosamente que constituye un supuesto inviable. Pero, ¿realmente es así?

#### 1. EL PRECONTRATO: CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE SU CONCEPTO, REQUISITOS Y ÁMBITO DE OPERATIVIDAD

Para responder a esa pregunta se hace preciso considerar antes, aunque sea con carácter instrumental y alcance limitado, la figura

---

compatibles los términos obligación y donación, pues esta puede revestir formas diversas, y entre ellas la creación de un crédito a favor del donatario».

del precontrato (o promesa de contrato) en general<sup>33</sup>. Y es que este constituye un supuesto controvertido, del que no solo se discuten sus requisitos y efectos sino incluso su noción. Debemos aquí, pues, empezar considerando tales cuestiones, a fin de sentar las premisas indispensables para este estudio.

## 1.1 Concepto de precontrato

Se trata de una cuestión difícil, fruto de la conjunción de una serie de circunstancias: de un lado, la falta, en nuestro Ordenamiento, de una regulación general de la figura; de otro lado, la oscuridad en cuanto a su origen y razón de ser; y de otro lado, también, la ausencia de un planteamiento uniforme al respecto en el Derecho comparado.

En nuestro Ordenamiento actual, en efecto, no existen normas que se ocupen del precontrato con carácter general y que dispongan una regulación del mismo más o menos amplia que permita inducir su noción. En el Código Civil hay solo dos preceptos susceptibles de considerarse referidos a la cuestión, uno que trata del precontrato o promesa de compraventa –el artículo 1451 CC– y otro que trata del precontrato o promesa de prenda o de hipoteca –el artículo 1862 CC–, preceptos que además no son inequívocos, ya que su interpretación ha dado lugar a numerosas disquisiciones<sup>34</sup>.

En cuanto a su origen y razón de ser, la cuestión no resulta clara, porque si bien hay quienes consideran que esta figura permite atender a fines prácticos importantes<sup>35</sup> y que por ello tiene ante-

<sup>33</sup> Son estos –volvemos a reiterarlo– términos que se acostumbran a emplear como sinónimos, aunque en la doctrina y en la jurisprudencia se utilizan también otras denominaciones, tales como «contrato preliminar» o «contrato preparatorio»: *vid.* MORO LEDESMÁ, *RCDI*, 1934, pp. 85-89; ROCA SASTRE, 1948, t. I, p. 324; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 488-489.

<sup>34</sup> Del artículo 1451 CC se discute: a) si se refiere a una promesa de compraventa unilateral o bilateral, ya que en el apartado primero del precepto se habla de «promesa de vender o comprar» mientras que en el apartado segundo se habla de «promesa de compra y venta»; b) cuáles son sus efectos, ya que en el apartado primero se dice que la misma «dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato» mientras que en el segundo se dice que «siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro».

Y en relación con el artículo 1862 CC, además de discusiones atinentes a concretar cuál es el alcance de la acción personal que surge de tal promesa, se plantea incluso polémica de orden más general sobre la posibilidad misma de los precontratos de contratos reales –para la prenda– y de contratos formales –para la hipoteca– (*vid.* MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 489-491).

<sup>35</sup> Ejemplos de los fines prácticos que son susceptibles de realizar, según CASTRO Y BRAVO (*ADC*, 1950, p. 1135) y Díez-PICAZO (1993, t. I, p. 305), son los siguientes:

a) A, copropietario de una finca, conviene con B en que le venderá la parte de aquella que se le adjudique cuando se lleve a cabo la división de la misma, venta que se hará con-

cedentes tan lejanos en el tiempo que se pueden encontrar ya en el Derecho intermedio –en el llamado *pactum de contrahendo*<sup>36</sup>–, otros consideran en cambio que se trata de una creación artificiosa y al margen de la realidad, obra del conceptualismo dogmático alemán propio de la segunda mitad del siglo XIX.

Y en cuanto al Derecho comparado, porque, aunque hoy predomina en los Ordenamientos de nuestro entorno una postura favorable a la admisión de los precontratos, no existe en ellos, sin embargo, un planteamiento suficientemente uniforme respecto a los mismos<sup>37</sup>.

forme a un determinado precio por hectárea que se acuerda ahora, con el compromiso de formalizar en su día la venta por el precio total que resulte.

b) A cede a B en arrendamiento una cierta finca, obligándose durante un plazo determinado a vendérsela, a voluntad de B (a expensas de que B así lo quiera), por el precio que se establece ya para tal caso.

c) A, B, C y D convienen entre sí en formar una sociedad mercantil, cuyo objeto, aportaciones, etc. se fijan ya detalladamente, obligándose a poner en marcha dicha sociedad y a elevar tal acuerdo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil en un momento posterior: cuando lo pida uno cualquiera de ellos.

d) En un contrato de sociedad celebrado entre A, B, C y D se estipula que cualquier disputa que surja entre ellos se comprometen a que sea resuelta por E, y, en caso de que éste no quiera actuar solo, a que cada uno de ellos designe un representante para que, en unión con E, actúen todos como amigables compondores.

<sup>36</sup> Sobre esto, en nuestra doctrina, *vid.* ALGUER, *RDP*, 1935, núm. 265, pp. 324-325 y 328-332; y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 44-57. Buscar orígenes del precontrato en el Derecho romano, aunque se ha intentado por parte de la doctrina, parece excesivo, aparte de innecesario para este trabajo: en todo caso, sobre ello puede verse MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 161-168, y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 31-39.

<sup>37</sup> *Code civil* francés: artículo 1589: «la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur le chose et sur le prix».

Código Civil austríaco: artículo 936: el acuerdo de concluir un contrato en el futuro obliga cuando en él se determinan tanto el tiempo en que ha de concertarse el contrato como sus elementos esenciales, y en tanto las circunstancias no hayan cambiado de tal modo que el fin expresamente establecido o el que se desprende de las circunstancias se haya hecho imposible, o se haya perdido la confianza de una parte en la otra. El cumplimiento de tales promesas debe realizarse en el año siguiente al momento de la estipulación, extinguiéndose el derecho en otro caso («Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschliessung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervor leuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des eines oder andern Teiles verloren wird. Überhaupt muss auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen»).

Código de las obligaciones suizo: artículo 22 (Promesse de contracter): «1.–L'obligation de passer une convention peut être assumée contractuellement. [...]».

*Codice civile* italiano de 1942: artículo 2932: «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso [...]».

Código Civil portugués de 1966: Artículo 410: «1.–A convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, per sua razão de ser não se devan considerar extensivas ao contrato-promessa. 2.–[...]». Artículo 830 (Contrato-promessa): «1.–Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida. [...]. 3.–O direito à execução específica não pode ser

Todo lo cual, tomado en junto, justifica lo antes dicho: que es difícil, en el Derecho civil español actual, formular un concepto nítido del precontrato (o promesa de contrato). Más aún cuando la Jurisprudencia no aporta ideas demasiado clarificadoras al efecto, en tanto presenta pronunciamientos y enfoques cambiantes que, aunque en el caso concreto que resuelven pueden llevar a resultados materialmente justos, a nivel conceptual no ayudan mucho en la tarea<sup>38</sup>.

Esta situación ha dado pie a que para explicar jurídicamente los precontratos se hayan elaborado en la doctrina diversas configuraciones. En concreto, son tres las tesis principales propuestas en este sentido, que se pueden denominar del modo siguiente: «clásica o tradicional», una; del «contrato básico a desarrollar», otra; y del «contrato con *iter* de formación complejo», la tercera<sup>39</sup>. Las consideramos a continuación.

La tesis clásica o tradicional configura el precontrato como un contrato en sí mismo –por eso ya se dijo antes que, a pesar de que se hable de promesa de contrato como denominación sinónima de precontrato, nada tiene que ver esta figura con la promesa en sentido propio, esto es con la promesa unilateral<sup>40</sup>– en cuya virtud los sujetos se obligan a celebrar posteriormente otro contrato (contrato definitivo), que es el que realmente tiene sustancia socio-económica

---

afastado pelas partes nas promessas a que se refere o núm. 3 do artigo 410°, a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 437°, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora. [...]».

Código Civil alemán: en él no hay una regulación general de la figura, pues en su Exposición de Motivos se dice que la Comisión redactora entendió que no había necesidad de hacerlo, aunque se trataba de ella en el § 610 en su redacción anterior (hoy derogado): Quien promete la entrega de un mutuo puede, en la duda, revocar la promesa si en las relaciones patrimoniales de la otra parte se produce un empeoramiento notable por el cual corra peligro la pretensión a la restitución («Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann in Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückertstattung gefährdet wird»).

Fuero Nuevo navarro: Ley 516 (Promesa de contrato): «La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete. / El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes. / La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al contrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la ley, o, en su defecto, equitativamente por el juez».

Una visión general del Derecho comparado puede verse en MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 172-180; y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 65-90.

<sup>38</sup> Vid. LALAGUNA, 1969, t. II, pp. 308-310.

<sup>39</sup> Ofrecen buenos resúmenes del *status quaestionis*, PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 9-14; Díez-PICAZO, 1993, pp. 304-311 y 316-317; CASTÁN, 1993, t. IV, pp. 27-40; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 492-494 y 508-509; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, t. II, vol. I, pp. 395-396.

<sup>40</sup> El término «precontrato» –dice ROCA SASTRE– «adolece del defecto de incidir en la confusión con los tratados preliminares, pues parece aludir a un acto que aún no es contrato: *pre* o *antes* de un contrato» (1948, pp. 324 y 343).

pero que eso no obstante no se celebra de momento<sup>41</sup>. De donde resulta que el efecto propio del precontrato es solo obligar actualmente a los sujetos del mismo a emitir en un tiempo futuro las voluntades necesarias –cada uno la suya– para perfeccionar otro contrato, que es del que nacerán para ellos los derechos y obligaciones correspondientes a la operación realmente pretendida. «Su función –se ha dicho– consiste en ligar a las partes sometiéndolas a celebrar el contrato futuro que de momento no se quiere o no se puede celebrar»<sup>42</sup>. Esta explicación del precontrato, primera que surgió en el tiempo y que encaja muy bien con la expresión latina «pactum de contrahendo», contó inicialmente con numerosos adeptos<sup>43</sup>.

La segunda tesis –la del «contrato básico a desarrollar», que procede reseñar aquí, además de por su propia valía, por ser de impronta española<sup>44</sup>– entiende que en el precontrato no cabe hablar de dos contratos sino de uno solo, vinculante para las partes del mismo desde el primer momento pero con la singularidad de que su contenido no se encuentra inicialmente desarrollado de modo pleno, lo que conlleva que sobre las partes de la relación ya nacida de él recaiga una obligación añadida de carácter instrumental: cooperar para perfilar o desarrollar completamente ese contrato, a fin de poderle dar efectivo cumplimiento. Para esta explicación, por tanto, el llamado precontrato es el contrato realmente querido pero en germen, esto es delineado de momento solo en sus bases fundamentales, y precisado por ello de la ulterior colaboración de las partes para completarlo, desarrollarlo o desenvolverlo –aunque haciendo aquí esta tesis la importante precisión de que ese desarrollo no requiere de las partes prestación de nuevo consentimiento<sup>45</sup>–. El tradicionalmente llamado contrato futuro no es, pues, un

<sup>41</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 82-85.

<sup>42</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 84. «La naturaleza especial de la relación precontractual, concluir un contrato, constituye la diferencia esencial entre el precontrato y los restantes contratos obligacionales», precisa a continuación –en p. 85– este mismo autor.

<sup>43</sup> En la doctrina española, entre otros, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 11-13, 81-85 y 91-96; CASTÁN, 1993, t. IV, pp. 28 y 37; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, t. III, fasc. III, pp. 1390-1395; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 511-513. En la jurisprudencia, *vid.* SSTS 9-7-1940 (RJ 691/1940) y 2-3-1965 (RJ 1238/1965). Para una exposición de este modo de entender la figura en tiempos anteriores, *vid.* CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1146-1150.

<sup>44</sup> ROCA SASTRE, 1948, pp. 321 ss. También PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 10.

<sup>45</sup> ROCA SASTRE, 1948, pp. 324-325, 331-333 y 343, quien añade que en esta figura «el *contrahere* no es el *consentire* contractual sino el *collaborare* o el *cooperare*, o sea el desplegar la actividad necesaria para dejar concluso el contrato definitivo con arreglo a las directrices establecidas en el precontrato». En otro plano, apunta aquí ROCA SASTRE (p. 331) un símil entre los precontratos y las leyes de bases –por cuanto estas también precisan desarrollo o desenvolvimiento para llegar a convertirse en leyes definitivas– que sin embargo es rebatido por CASTRO Y BRAVO: «la eficacia de las Leyes de Bases –dice CASTRO– está en que convienen varios (el Parlamento) en estar y pasar por el desarrollo que otro (el Gobierno) dé a las bases concertadas. [Pero] si

contrato nuevo, sino el mismo precontrato ya desenvuelto o desarrollado<sup>46</sup>. Todo lo cual se justifica –se dice– por cuanto hay casos en que de momento no resulta posible a los sujetos perfilar completamente el contrato pretendido pero eso no obstante les interesa vincularse con arreglo a unas líneas básicas que en este momento sí pueden ya determinarse.

La tercera tesis –la del «contrato con *iter* de formación complejo»–, hoy quizá prevalente en la doctrina española<sup>47</sup>, sostiene que la nota distintiva de esta figura radica en encontrarnos ante un contrato único en cuya formación hay sin embargo que distinguir dos fases: una primera (de «precontrato» o «promesa de contrato»), en que se configura el contrato querido y las partes quedan vinculadas por él pero en la que la realización de su contenido obligacional sustantivo queda «en suspenso», a la espera de que una de las partes del mismo requiera a la otra su efectiva puesta en marcha; y una segunda fase, a la que se pasa desde el momento en que la parte en cuestión hace tal requerimiento, y en la que se procede a dar plena efectividad a la operación diseñada. Para esta tesis, pues, el precontrato es un contrato único, que queda perfeccionado desde el mismo momento en que las partes convienen al respecto –sobre el objeto y la causa de la operación, que se determinan además plenamente desde el principio y que no necesitan por tanto de desarrollo ulterior– pero cuya efectividad se circunscribe en una primera etapa simplemente a que las partes queden vinculadas por lo acordado y facultadas –una sola, o una cualquiera de ellas– para exigir a la otra su puesta *in actu*<sup>48</sup>, hasta que se pasa a una segunda etapa a partir del momento en que la parte facultada para ello decide exigir el cumplimiento de ese contrato y se procede a realizar efectivamente el contenido sustantivo –el conjunto de derechos y obligaciones– propio del mismo<sup>49</sup>. El llamado precontrato –se dice, para expresar

---

fuesen las mismas partes (el Parlamento) las que tuviesen que ponerse de acuerdo sobre el desarrollo de lo convenido, no habría Ley de Bases; y si el desarrollo fuese necesario, tampoco habría Ley de Bases, ni Ley, ni acuerdo eficaz» (ADC, 1950, p. 1146, nota 40).

<sup>46</sup> ROCA SASTRE, 1948, p. 332.

<sup>47</sup> CASTRO Y BRAVO, ADC, 1950, pp. 1168-1188; LALAGUNA, 1969, t. II, pp. 310 ss; Díez-PICAZO, 1993, pp. 310-311 y 316-317; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 127 y 137-139; acaso también LACRUZ, 1979, t. II, vol. Tercero, pp. 29 ss.

<sup>48</sup> La promesa de contrato –dice CASTRO– es «el convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas..., o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado» (ADC, 1950, p. 1170). En esta primera fase, por tanto, no cabe exigir los derechos y obligaciones sustantivos propios del contrato en cuestión.

<sup>49</sup> Puede suceder, sin embargo, que la parte facultada para ello no exija nunca la puesta en marcha efectiva de la operación proyectada, en cuyo caso la relación jurídica creada se agota en su primera etapa, sin llegar a la segunda (CASTRO Y BRAVO, ADC, 1950, p. 1170) (sobre la refutación de la objeción *ex artículo 1115 CC*, y a pesar de su posición contraria al precontrato como figura con entidad propia o autónoma, *vid. tam-*

su peculiaridad— es un contrato único pero con un *iter* negocial complejo, de formación sucesiva, en dos fases (habiendo entre una y otra, eso sí, unidad funcional)<sup>50</sup>.

Ninguna de estas tesis, sin embargo, ha sido recibida sin reservas, por lo que no han dado lugar a una idea del precontrato pacíficamente aceptada. Pasamos a continuación a exponer esas reservas, y a valorarlas.

Atendiendo en primer lugar a la tesis tradicional, tenemos que esta ha sido objeto de críticas tanto desde una perspectiva práctica como desde un enfoque dogmático<sup>51</sup>.

En el plano práctico se le ha objetado fundamentalmente con base en el siguiente argumento, que se plantea a modo de *silogismus cornutus*: el precontrato —se arguye—, o bien es un rodeo inútil<sup>52</sup>, o bien es una figura inhábil para conseguir el fin que pretende, dependiendo esa alternativa de cómo se entiendan sus efectos. Por lo siguiente. Es un rodeo inútil, si no hace nacer directamente para las partes las obligaciones propias del contrato definitivo al que tiende sino que solo las obliga a celebrar ulteriormente ese contrato —del que nacerán por consecuencia tales obligaciones definitivas—, pero la celebración y ejecución de este segundo contrato se puede imponer coercitivamente por el Juez en el supuesto de que llegado el momento una de las partes no quiera

---

bién ALGUER, *RDP*, 1935, p. 375; sobre el contrato con condición «si volet» y su crítica, *vid.* CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1150-1163).

La configuración del precontrato propugnada por esta tesis, como es fácil ver, evoca inmediatamente la idea de opción. De hecho, para CASTRO lo que hay en la exigencia de efectividad del contrato concertado no es sino el ejercicio de un derecho de opción por una de las partes, que es quizá el resultado más visible de la primera etapa (fase de «precontrato») de esta figura (*ADC*, 1950, pp. 1163-1167, 1169-1170 y 1176-1179; en sentido semejante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, pp. 400 ss). Esto, ahora bien, no supone caer en la nulidad prescrita en los artículos 1115 y 1256 CC, pues aquí no estamos ante una obligación o contrato cuyo cumplimiento quede a la voluntad del deudor sino ante un contrato ya celebrado y vinculante para ambas partes, aunque su efectividad quede en manos de una o de ambas partes.

<sup>50</sup> Para CASTRO Y BRAVO, la alternativa entre considerar al precontrato como contrato que obliga a las partes a hacer posteriores declaraciones de voluntad en orden a celebrar otro contrato, o considerarlo como contrato que no se diferencia del contrato que prepara sino que se identifica con él, está mal planteada, pues a su juicio ambas opciones llevan a resultados insatisfactorios. La razón —dice— es que tanto una como otra centran la atención «en un solo lado del mecanismo del precontrato, [una] en la fase preparatoria (el llamado precontrato) y [otra] en el resultado a que se proyecta llegar (el llamado contrato definitivo). La primera separa con exceso las dos etapas del proceso de la relación obligatoria; la segunda no advierte la sustantividad de la etapa previa y la absorbe en el contrato proyectado» (*ADC*, 1950, p. 1137).

<sup>51</sup> Para una visión general de las críticas dirigidas contra el entendimiento clásico o tradicional del precontrato, *vid.* ALGUER, *RDP*, años 1935 y 1936, núms. 265, 266, 267 y 268, pero *vid.* especialmente núm. 267, pp. 417 ss; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 517-532; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1137-1144; BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, pp. 367-368.

<sup>52</sup> Un *circuitus inutilis*, dijo, ya en tiempos de la Glosa, JUAN ANDRÉS, 1475, Tit. *De oblig. et solution.*, in rub. col I.

hacerlo espontáneamente: en tal caso, se dice, con el precontrato se da un rodeo para acabar llegando al mismo resultado a que se llega con la celebración actual del contrato definitivo proyectado, aunque sometido a término o condición<sup>53</sup>. Es una figura inhábil para llegar al fin pretendido, en cambio, si la emisión de las voluntades que han de integrar el consentimiento posterior necesario para celebrar el contrato definitivo se considera un *facere* personalísimo y por tanto incoercible en caso de que llegado el momento una de las partes no emita espontáneamente su voluntad en ese sentido: en tal caso, se dice, la celebración del contrato definitivo es un resultado que no podrá ser alcanzado, porque el Juez no puede sustituir al obligado y emitir por él la declaración de voluntad comprometida en su día en el precontrato<sup>54</sup>, sino solo condenarlo a indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios que con su negativa haya causado (el *id quod interest*)<sup>55</sup>.

En el plano dogmático se le ha formulado una doble objeción. Por un lado se ha dicho que, siendo el contrato una figura cuya esencia radica en dos sujetos que se ponen de acuerdo para alcanzar un determinado efecto, de ahí se deriva que cuando celebran un precontrato los sujetos no pueden querer un contrato futuro sin querer también el efecto propio del mismo, lo que supone que la voluntad de celebrar el precontrato lleva ya ínsita la voluntad de celebrar el contrato definitivo, resultando entonces que aquel y este vienen a identificarse<sup>56</sup>. Y por otro lado se ha dicho que la naturaleza nego-

<sup>53</sup> CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1138-1142. Abundando en esta idea de la inutilidad del precontrato, apunta ALGUER (*RDP*, 1936, núm. 268, p. 14; también SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 539-542) que los fines que se dice posibilitan los precontratos se pueden alcanzar sin necesidad de recurrir a tal figura, simplemente introduciendo en el contrato las oportunas cláusulas. Esta idea de ALGUER, aun no compartiéndola, la explicita ROCA SASTRE (1948, p. 327) de un modo muy claro en los siguientes términos: «¿Que las partes quieren aplazar la ejecución de un contrato evitándose desde luego que se frustre la ejecución? Pues que otorguen un contrato a término o plazo, adoptándose las correspondientes garantías. ¿Que se quiere que el contrato principal solo produzca efectos si ocurre un evento futuro? Pues otórguese un contrato *sub conditione*. ¿Que se quiere que el contrato principal solo produzca efectos si una de las partes lo quiere (*si volet*)? Pues que se otorgue una opción. ¿Que se quiere que el precontrato dé lugar simplemente a un *contrahere* en su acepción estricta, y que en caso de incumplirse se indemnicen los perjuicios causados? Pues que se pacte una cláusula penitencial».

<sup>54</sup> *Nemo ad factum praecisse cogi potest*.

<sup>55</sup> Para una visión más amplia de esta crítica, *vid.* ALGUER, *RDP*, 1935, núm. 267, pp. 431-434; ROCA SASTRE, 1948, pp. 337-339; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1182-1184; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, pp. 1387-1389 y 1392-1394; CALVILLO MARTÍNEZ, *RGLJ*, 1951, pp. 591-596; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 495-500 y 514-515; LACRUZ, 1979, t. II, vol. Tercero, p. 31.

<sup>56</sup> *Vid.* ALGUER, quien denuncia «el contrasentido lógico de asumir contractualmente la obligación de otorgar un contrato futuro, porque frente a la convención que revista la apariencia de lo que la doctrina llama precontrato no debe plantearse la cuestión de si se quiere o no (se declara o no) el contrato futuro como entidad abstracta consistente en el mero consentimiento intransitivo, sino si se quieren o no los «efectos» futuros propios de un determinado tipo de contrato. Si la respuesta a la pregunta –dice–... es afirmativa, la califi-

cial del contrato definitivo es inconciliable con la figura del precontrato, porque negocio jurídico es algo que los sujetos celebran si libre y voluntariamente quieren hacerlo, cosa que sin embargo en este caso no se podría afirmar del contrato definitivo por cuanto se trataría del cumplimiento de una obligación previa en ese sentido<sup>57</sup>; y esto mismo cabría decirlo, incluso con mayor rotundidad, cuando se pretende que el Juez lo pueda imponer en caso de que llegado el momento una de las partes no quiera emitir la declaración de voluntad necesaria para ello.

Estas objeciones a la explicación tradicional del precontrato, ahora bien, aunque puedan ser plausibles en algún punto, resultan excesivas e injustificadas en otros. Por cuanto hace a la objeción de que el precontrato es figura inútil, porque a ella se ha respondido diciendo que la realidad evidencia hay casos en que no es posible o conveniente, al menos para los concretos sujetos del caso, celebrar ya el contrato definitivo –ni siquiera adjuntándole término o condición–, pero en los que esos sujetos tienen no obstante voluntad e interés legítimo en el sentido de asegurar su celebración futura vinculándose ya en ese sentido<sup>58</sup>. Por cuanto hace a la denuncia de que el precontrato es figura inhábil para alcanzar el resultado que pretende si luego una de las partes no lo quiere –con base en la consideración de que la prestación de las voluntades necesarias para integrar el consentimiento propio del contrato definitivo es un *facere* incoercible–, porque se rebate constatando que en tal caso el Derecho actual permite efectivamente al Juez que, llegado el momento, tenga por prestado ese consentimiento: esta posibilidad, que empezó a valorarse entre nosotros a partir de la STS 1-7-1950<sup>59</sup>, se ve confirmada hoy en el artículo 708.1 LEC<sup>60</sup>. Por cuanto hace a

---

cación exacta del pretendido precontrato es inequívoca: se tratará de un contrato actual con efecto aplazado» (*RDP*, 1935, p. 429; *vid.*, más ampliamente, pp. 417-419 y 421-429; en sentido semejante, SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 517-519).

<sup>57</sup> *Vid.* ALGUER, quien apunta que «el fundamento del negocio jurídico... es el principio de autonomía privada, el poder del hombre de configurar y regular de manera libérrima, dentro del margen a que llega aquel principio, sus propias relaciones jurídicas. Y esto expuesto, la pretendida obligación de concluir un cierto negocio jurídico, ¿no destruirá acaso la idea más íntima y profunda de este? ¿No será otra cosa distinta del auténtico negocio jurídico? Un negocio jurídico que *debe* o *tiene* que hacerse... ¿no será una *contradictio in terminis*?» (*RDP*, 1935, p. 422; *vid.* también p. 425; en sentido semejante, CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1143-1144, y SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 519-521).

<sup>58</sup> PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 9, 10, 12-14; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 512-513; MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 93-96; ROCA SASTRE, 1948, pp. 327-328.

<sup>59</sup> RJ 1187/1950. Pero *vid.* los comentarios críticos a la misma por parte de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, pp. 1383-1395; y de CALVILLO MARTÍNEZ, *RGLJ*, 1951, pp. 584-598.

<sup>60</sup> Artículo 708 LEC (Condena a la emisión de una declaración de voluntad): «1. Cuando una resolución judicial... firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente... resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. [...]».

la objeción de que el querer propio del precontrato implica ya el querer propio del contrato definitivo, y por tanto que aquel es innecesario y superfluo, porque a ella se ha respondido que tal identidad no se da necesariamente, pues cabe querer vincularse ya a celebrar un contrato en el futuro sin querer celebrar ya ese contrato ni obligarse actualmente a los efectos propios del mismo<sup>61</sup>. Y, por cuanto hace a la objeción de que admitir el precontrato desvirtúa la naturaleza negocial del contrato definitivo, porque se refuta apuntando que la misma procede sobre la base de una idea de libertad o voluntariedad excesivamente estrecha, ya que la celebración del segundo contrato, aunque sea un acto debido es también un acto en cuyo origen primero —el precontrato— están presentes las notas de libertad y voluntariedad, siendo esto suficiente para encajar en la idea de negocio jurídico<sup>62</sup>.

Esto dicho, pasamos entonces a considerar las críticas hechas a la segunda tesis apuntada —la del «contrato básico a desarrollar»—. Esta tesis soslaya una de las objeciones formuladas contra la configuración tradicional del precontrato, y la soslaya además no en virtud de lo dispuesto hoy en el artículo 708 LEC sino en razón de la propia explicación que propone de esta figura: puesto que el precontrato es un contrato único ya celebrado que simplemente precisa el desarrollo de sus bases —establecidas desde el primer momento—, no existe dificultad para que una parte acuda al Juez y reclame su auxilio para terminar de desarrollar ese contrato en caso de que la otra parte no colabore a ello *de motu proprio*<sup>63</sup>, ya que ese desa-

---

Sobre este precepto y la figura del precontrato, *vid.* PARRA LUCÁN, 2013, t. I, pp. 445-449 (también en 2013, t. I, pp. 423-425); y ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 255.

<sup>61</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 92; y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, p. 1392.

<sup>62</sup> Así GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *ADC*, 1950, pp. 1391-1392; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 396; y BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, pp. 368 y 370.

<sup>63</sup> A esta idea parece que respondía lo dispuesto en la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulaban los arbitrajes de Derecho privado:

Artículo 9: «Los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto y, en particular, a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido.

Caso de que alguna de las partes se negare a verificarlo o lo hiciera de modo que resultara inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al Juez pidiendo la formalización judicial del compromiso».

Artículo 10: «La formalización judicial del compromiso se llevará a cabo del siguiente modo:

[...]

Segundo.—La parte a quien interese la formalización del compromiso se dirigirá por escrito al Juez... justificando notarialmente la negativa del contrario o contrarios e indicando el nombre del árbitro o árbitros que proponga y los demás elementos que, según el artículo diecinueve, debe o puede contener la escritura de compromiso.

Tercero.—El Juez emplazará... a la persona o personas contra quienes se dirija la reclamación, dándoles un plazo de quince días para que comparezcan y se opongán por escrito, si quieren, a la petición que se deduce...

Cuarto.—Evacuado el trámite anterior, el Juez resolverá por medio de auto si accede o no a la formalización.

rollo no requiere prestación de nuevo consentimiento ni es un *facere* personalísimo<sup>64</sup>. Pero, aunque soslaye esa objeción, tampoco esta explicación se encuentra exenta de críticas, pues se le han formulado las dos siguientes.

Por un lado se le ha objetado la dificultad que esta explicación lleva ínsita en orden a determinar cuándo quedan suficientemente delineadas *ab initio* las «bases fundamentales» del contrato único que luego hay solo que desarrollar –lo que es lo mismo que plantear cuál es el alcance de la colaboración o cooperación que las partes deben prestar en orden al desarrollo del «contrato en germen» que se dice es el precontrato–. Y es que, si esas «bases» son por sí mismas suficientes, la posterior actividad de las partes no consistirá en desarrollarlas o desenvolverlas sino simplemente en ponerlas en vigor y ejecutarlas. Y si por el contrario tales «bases» no son completas o suficientes, su completamiento o determinación suficiente posterior no requerirá simple «colaboración material» de las partes sino nuevo acuerdo al respecto, con lo cual el problema que se quería evitar –una nueva prestación de consentimiento– vuelve a aparecer<sup>65</sup>.

Y por otro lado se le ha objetado que, si se considera al precontrato como un contrato único y perfecto en sí mismo, eso supone que sus «bases fundamentales» han de contener ya todos los elementos esenciales de ese contrato, pudiendo quedar sin concretar solo elementos secundarios o accesorios, los cuales, ahora bien, no son especialmente importantes ni estrictamente necesarios, porque en caso de no estar fijados por las partes se suplirán por normas de Derecho dispositivo<sup>66</sup>, lo cual permite entonces dudar que exista justificación para considerar al precontrato como figura con entidad suficiente como para reconocerle autonomía propia<sup>67</sup>.

No son esas sin embargo –se dice– objeciones insalvables. Aquella, porque una cosa es que las bases del contrato estén suficientemente determinadas desde el principio, y otra que eso no obstante para su cumplimiento efectivo puedan requerir cierto desarrollo o

---

Si entiende haber lugar a la formalización del compromiso, hará las declaraciones que sean necesarias; entre ellas, el nombramiento de los árbitros y la fijación de las cuestiones que se han de resolver. [...]».

<sup>64</sup> El resultado definitivo pretendido no se alcanzará, únicamente cuando ello no sea posible por causa objetiva no dependiente de las partes.

<sup>65</sup> Díez-PICAZO, 1993, p. 310.

<sup>66</sup> Artículo 708.2 LEC: «Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico». En un sentido enteramente semejante, y referido específicamente a la figura del precontrato, *vid.* la ley 516 del Fuero Nuevo navarro.

<sup>67</sup> CASTRO BRAVO, ADC, 1950, pp. 1144-1146.

desenvolvimiento<sup>68</sup>. Y esta, porque aun si lo que hay que concretar en un momento posterior son elementos no esenciales, ello no impide a que los precontratantes quieran obligarse a hacerlo ellos mismos más tarde, no queriendo que sea el Juez quien los fije.

Por cuanto hace a la tercera tesis –la del contrato con *iter* de formación complejo–, ocurre aquí algo semejante a lo visto en las anteriores. Y es que aunque esta última tesis al hablar de contrato único evita también el obstáculo apuntado tradicionalmente contra los precontratos –que para alcanzar la eficacia sustantiva de la operación puede ser necesario acudir al Juez para que la imponga forzosamente, en caso de que la parte facultada para ello exija su efectividad y la otra parte no quiera–, eso no obstante se le formula asimismo alguna objeción. En concreto se le critica que, planteada como entendimiento único de los precontratos, no refleja adecuadamente la realidad de la figura en todos los casos, ya que viene a identificarla con un contrato de opción, cosa que no se corresponde siempre con lo que los sujetos pretenden. Esa explicación –se dice– puede ser válida en algunos supuestos, pero no en todos, porque en ocasiones los sujetos no quieren celebrar ya el contrato definitivo ni siquiera modulado con la idea de opción, sino únicamente alcanzar una vinculación jurídica previa al contrato definitivo que de momento solo se están planteando celebrar en el futuro. Lo distintivo del precontrato, se ha dicho, radica en proporcionar ya a los sujetos una cierta vinculación contractual, en un tiempo en que todavía no pueden o no les conviene completar el contrato real y definitivo, que en ese momento tienen solo *in mente*<sup>69</sup>.

Tampoco esta, ahora bien, es una objeción insuperable. Y es que, aunque fuera correcta, en todo caso no invalidaría totalmente esa configuración del precontrato, sino solo su consideración como explicación de carácter absoluto, para todos los supuestos.

En todo caso, sea lo que sea de todas esas objeciones, lo que llegados a este punto resulta evidente, tal como ya se avanzó más arriba, es que cuando se trata de formular noción del precontrato (o de la promesa de contrato), estamos ante una cuestión difícil. Pues si bien del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia parece derivarse como idea relativamente compartida la de admitir la existencia de los

---

<sup>68</sup> En este sentido, apunta PUIG BRUTAU que la objeción que se está ahora rebatiendo «no parece convincente. Que el precontrato tenga que ser por sí mismo un contrato perfecto, con consentimiento, objeto y causa, no significa que deba identificarse con el contrato definitivo. Si el precontrato tiene por objeto dejar obligadas a las partes para que posteriormente lo completen o desarrollen, ya existirá un objeto determinado, posible, lícito y que reúne todos los requisitos que determinan los artículos 1271 a 1273 del Código Civil. Y lo mismo cabe decir del consentimiento y de la causa» (1982, t. II, vol. II, p. 11).

<sup>69</sup> PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 12-13; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 508-509. *Vid.* también STS 2-3-1965 (RJ 1238/1965).

precontratos y su utilidad en determinados casos –la realidad así lo evidencia, se dice–, esa cierta coincidencia desaparece cuando se trata de precisar la noción de la figura. ¿A qué se debe esto?

La clave posiblemente radique, tal como algunos autores vienen apuntando en los últimos tiempos, en que, al ser el «precontrato» una figura carente de regulación en nuestro Derecho actual, eso ha posibilitado que bajo esa rúbrica se comprendan supuestos distintos entre sí<sup>70</sup>. Supuestos distintos, estos, que se corresponden precisamente con cada una de las tres configuraciones que en las páginas anteriores hemos apuntado, que recordamos a continuación de modo sintético:

Por un lado está el supuesto en que, cuando celebran «precontrato», lo que los sujetos quieren propiamente es comprometerse –obligarse– a celebrar en el futuro otro contrato que actualmente no pueden o no quieren celebrar –teniendo para ello que emitir en su día nuevas voluntades–, seguramente con el entendimiento –explícito o implícito<sup>71</sup>– de que si llegado el momento una de las partes no cumple su obligación, el Juez solo podrá condenarle a indemnizar los daños y perjuicios que con su negativa cause a la otra parte.

Por otro lado está el supuesto en que los sujetos quieren quedar definitivamente vinculados por el «precontrato» –contrato único– desde el mismo momento en que lo celebran, si bien con la peculiaridad de que el contenido de ese vínculo se encuentra inicialmente fijado solo en sus líneas básicas, de modo que para llevarse a efecto se requiere un cierto desarrollo de tales bases que esos mismos sujetos se obligan a realizar más adelante, y para lo cual, si llegado el momento resulta necesario –porque una de las partes no colabore espontáneamente a ello–, se puede reclamar auxilio al Juez, que podrá incluso proceder a ello por sí mismo.

Y en tercer lugar está el supuesto en que los sujetos, desde que celebran el «precontrato» –contrato único aquí también–, no solo alcanzan acuerdo definitivo con respecto a la operación pretendida sino que también determinan plenamente su contenido, aunque quede diferida en su puesta en marcha efectiva a que así se requiera por una parte, la otra, o una cualquiera de ellas. En cuyo caso, si llegado el momento la otra parte se niega, el Juez puede imponer coactivamente el cumplimiento *in natura* de lo pactado, sin más.

A todos esos supuestos, en efecto, a pesar de no ser iguales, se les aplica hoy la denominación «precontrato». Y esto constituye

---

<sup>70</sup> PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 13-14 y 45-46; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 25-28; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 394. Así lo reconoce también, no obstante su postura con respecto a esta figura, CALVILLO MARTÍNEZ, *RGLJ*, 1951, p. 597-598.

<sup>71</sup> En la mayor parte de los casos será implícito.

quizá la causa –si no única, al menos sí la principal– que explica no sea factible elaborar un concepto claro y preciso del precontrato en nuestro Derecho. Razón por la cual es muy posible que una postura atinada en este tema sea la que propugnan algunos autores, de abandonar la consideración del precontrato como figura jurídica unitaria, esto es con contenido y efectos iguales en todos los casos<sup>72</sup>: «más que referirnos a una categoría general de precontrato –se ha dicho–, acaso [sea] más adecuado hablar de precontratos»<sup>73</sup>.

La clave en este punto parece que pasa, pues, además de por separar de raíz supuestos que en la terminología de la calle se designan con frecuencia «precontratos» pero que claramente no lo son<sup>74</sup>, por admitir que bajo la rúbrica «precontrato» se da hoy cabida a realidades diferentes, con grados de vinculación distintos para las partes.

Por nuestra parte, aunque en verdad no estamos del todo convencidos de que tenga plena justificación hablar del precontrato como figura con entidad propia –otra cosa ocurre con la existencia y operatividad de los diversos supuestos considerados–, en todo caso creemos que el planteamiento expuesto en las líneas anteriores resulta aceptable, desde un punto de vista pragmático, a los efectos de este estudio. Si bien advirtiendo que, de los tres supuestos reseñados, los que aquí interesan propiamente son el primero y el segundo, porque el tercero a efectos prácticos puede ser considerado como un contrato de opción, figura que no tiene sentido en nuestro caso concreto (donaciones, actos de liberalidad). Atenderemos en adelante, por tanto, solo a los dos primeros.

En todo caso, una vez aceptado que los diversos supuestos que bajo la rúbrica «precontrato» se comprenden no son todos iguales entre sí, resulta fundamental entonces no perder de vista que el régimen aplicable a cada uno de ellos puede no ser el mismo, como veremos en los apartados siguientes. Se hace preciso, por eso, distinguirlos. Para lo cual –se ha apuntado atinadamente–, el criterio a emplear pasa por indagar cuál ha sido la voluntad de los sujetos al celebrar un determinado precontrato: porque, si la configuración de un negocio viene determinada por la intención de sus autores al celebrarlo –principio de autonomía

<sup>72</sup> PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 46; ROMÁN GARCÍA, 1982, p. 415; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, pp. 396-397. Quizá también BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, p. 369.

<sup>73</sup> ROMÁN GARCÍA, 1982, p. 415; también en 2016, p. 251.

<sup>74</sup> Un supuesto paradigmático en este sentido es el de los contratos privados de compraventa celebrados en firme y cuyo contenido está también perfectamente determinado desde el principio, pero en los que la entrega de la cosa y el pago del precio se posponen al tiempo de elevarlos a escritura pública. Otros supuestos incluibles aquí son los contratos a los que se señala plazo inicial, o que se someten a condición suspensiva.

privada<sup>75</sup>–, en el caso de los precontratos resulta que esas intenciones pueden ser diversas: «la voluntad de las partes [es] la que libremente crea el precontrato y también establece el concreto grado de vinculación... así como las eventuales consecuencias del incumplimiento»<sup>76</sup>. Por lo que «debe procederse al análisis del acuerdo de voluntades en relación al objeto y a la causa del precontrato, [teniendo] siempre presentes las circunstancias que concurren en el caso concreto..., y después integrar los resultados y conclusiones del acuerdo de voluntades con el principio de buena fe en sentido objetivo»<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 131 y 417; también en 2016, pp. 250-251.

<sup>76</sup> ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 250.

<sup>77</sup> ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 250; también en 1982, pp. 27 y 205. «Por ello –añade este autor–, los problemas de calificación jurídica de los precontratos se transforman necesariamente en problemas de interpretación del contenido y de la estructura del negocio concreto» (2016, p. 255). *Vid.* también SSTS 26 de octubre de 1984 (RJ 5074/1984) y 13 de octubre de 2005 (RJ 7235/2005). En sentido semejante, si bien cada uno con matices particulares, CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1136; LALAGUNA, 1969, t. II, pp. 313 s; MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 503-505 y 512-513; e incluso SÁNCHEZ VELASCO (*AAMN*, 1952, p. 507), aunque este último en un plano hipotético, dada su postura contraria al precontrato.

Abundando en esta idea, apunta ROMÁN GARCÍA que «la eficacia jurídica del precontrato en caso de incumplimiento por una de las partes, cuando existe base negocial suficiente en el mismo que sin necesidad de nuevo consentimiento permita llegar al contrato definitivo proyectado, hace que el Tribunal Supremo considere que en estos casos debe obligarse al cumplimiento específico de lo pactado (el Juez debe tener por prestado el consentimiento y sustituirlo por el otorgamiento: cumplimiento forzoso). Si, en cambio, fuera necesario completar o matizar el consentimiento emitido por las partes en el precontrato, teniendo en cuenta que es un acto personalísimo de estas que no puede ser sustituido por el órgano jurisdiccional, las situaciones de incumplimiento habrán de resolverse mediante la indemnización de daños y perjuicios. De ahí que la eficacia constitutiva de los precontratos dependa en cada caso de la correcta interpretación de las intenciones de las partes, que nunca se podrán ver comprometidas más allá de los que ellas mismas establecieron en el precontrato» (2016, p. 255).

Y PARRA LUCÁN, por su parte, dice que «la jurisprudencia considera que la determinación de los elementos esenciales muestra que existió intención de contratar, y niega que exista compraventa cuando los elementos esenciales del contrato no están determinados»; «los tribunales deducen –añade–... que no se ha querido celebrar el contrato definitivo no solo cuando se emplean expresiones como “futura compra” o equivalentes, sino, sobre todo, cuando las partes prevén en el contrato concertado los efectos de la no celebración del contrato definitivo mediante la pérdida de la cantidad entregada como señal. En especial,... tienden a considerar que es promesa si es precisamente el incumplidor de la misma quien pretende que le devuelvan la cantidad entregada sin que la otra parte, el vendedor, se oponga exigiendo el cumplimiento. Cuando, por el contrario, sucede esto último, los tribunales tienden a considerar que la señal entregada era parte del precio de un contrato definitivo, no promesa. Finalmente –apunta–, el posterior comportamiento de las partes después del acuerdo, bien realizando actos de cumplimiento, bien dejando pasar el tiempo sin realizar ninguna actuación, son indicadores para la jurisprudencia de si realmente se quiso el contrato o si, por el contrario, fueron meras conversaciones no vinculantes» (2013, t. I, pp. 425-427).

En un sentido semejante se muestra el artículo 830 del Código Civil portugués: «1.–Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida. 2.–Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa».

## 1.2 Requisitos

Sentado lo cual, pasamos entonces a ocuparnos de los requisitos que han de reunir esos supuestos de precontrato. Aquí, tenemos lo siguiente.

Por cuanto hace a la capacidad que los sujetos han de tener para celebrar precontrato válido, es claro que tanto en el primer tipo de precontrato como en el segundo esa capacidad ha de ser la misma que se requiere para el «contrato definitivo» (empleada ahora esta expresión en sentido lato)<sup>78</sup>. Esto no plantea ninguna duda si estamos ante un precontrato del segundo tipo, porque aquí el contrato en cuestión es uno solo y el mismo desde el principio, aunque su contenido esté delimitado inicialmente solo en sus líneas básicas y requiera por ello cierto desenvolvimiento futuro. Pero igual ha de ser si se trata de un precontrato del primer tipo –*i.e.*, contrato que obliga a celebrar posteriormente otro contrato–, pues aunque durante un tiempo se pretendió que para celebrar tal precontrato bastaba con tener capacidad general para contratar fuera cual fuera el contrato definitivo proyectado<sup>79</sup>, esto se evidenció luego absurdo, ya que, si así fuera, un sujeto –precontratante– podría quedar obligado ya a celebrar un contrato (el definitivo) para el que se requiere una capacidad especial o más estricta que sin embargo no tiene en el momento de celebrar el precontrato, con las consecuencias inadmisibles que de ahí se derivarían<sup>80</sup>. El sistema legal se vería, pues, frustrado, si para celebrar el precontrato no se requiriera la misma capacidad que se pide para el contrato definitivo.

Por cuanto hace a la voluntad de los «precontratantes» y a su formación sana y sin vicios, tampoco cabe distinguir en función de que se trate del primer o del segundo tipo de precontrato, sien-

---

<sup>78</sup> CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1173-1174; ROCA SASTRE, 1948, p. 346; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 43; Díez-PICAZO, 1993, p. 315; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 146-147 y 418-419; Id, 2016, p. 249.

<sup>79</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 566. De exigirse los mismos requisitos que para el contrato definitivo, se dijo, el precontrato perdería su utilidad en gran medida, por lo que, si el contrato definitivo requiere una capacidad especial, esta habrá de tenerse en el preciso momento de celebrar este contrato, pero no antes (*vid.* también p. 93).

<sup>80</sup> *V.gr.*, precontrato de venta de inmueble celebrado por menor emancipado. El menor emancipado, como es sabido, tiene en general capacidad de obrar y por tanto capacidad para contratar como si fuera mayor de edad, salvo en relación con determinados actos considerados por el legislador particularmente importantes o trascendentes, entre los cuales está la enajenación de inmuebles: artículo 247 CC. Pues bien, sobre esta base resulta un sinsentido la tesis ahora criticada, porque aunque el incumplimiento del precontrato solo tuviera por consecuencia la indemnización de daños y perjuicios –incumplimiento, ése, que en el caso se produciría necesariamente si llegado el momento el menor no tiene capacidad para celebrar el contrato definitivo al que sin embargo estaría obligado–, esa indemnización puede ser un equivalente tan gravoso como el cumplimiento en forma específica de lo prometido (CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1173; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 43).

do así además que no existe aquí ninguna especialidad reseñable, por lo que habrá que estar a las reglas generales de nuestro Derecho en tal tema.

Cuando se trata del objeto del precontrato, en cambio, sí hay que distinguir supuestos. Pues, si estamos ante un supuesto del primer tipo, esto supone que en el caso habrá dos contratos –el precontrato y el contrato definitivo– y que cada uno tendrá un objeto propio no coincidente plenamente con el del otro –el del precontrato será establecer entre las partes un vínculo jurídico que las obligue a la celebración futura de un cierto contrato, el del contrato definitivo será exclusivamente el correspondiente a la operación económica propia del contrato en cuestión–, con unos requisitos de posibilidad, licitud y determinación exigibles a ambos pero que no tienen sin embargo que cumplirse en cada uno de ellos en los mismos términos<sup>81</sup>: «el contenido del precontrato y el del contrato definitivo –se ha dicho– no tienen porqué ser idénticos. [...] el precontrato no tiene que tener un grado de concreción que permita la ejecución del contrato definitivo. Su grado de determinación debe ser el exigido para la existencia de todo contrato [pero] su contenido no tiene porqué ser idéntico al del contrato definitivo, y no tienen porqué estar concretados minuciosamente los elementos del contrato definitivo, [salvo] el tipo de contrato que se va a celebrar»<sup>82</sup>. Otra cosa ocurre en cambio si se trata de precontrato del segundo tipo, pues como en este caso hay un único contrato su objeto es también único, y ha de ser posible, lícito y determinado desde el primer momento –y esto medido con referencia a la operación sustantiva y final de que se trate<sup>83</sup>–, sin perjuicio de que el contenido obligacional de tal negocio tenga luego que ser desarrollado en cierta medida<sup>84</sup>.

Por cuanto hace a la forma, al precontrato, como contrato que es en sí mismo, le es de aplicación como regla el principio general espiritualista propio de nuestro Ordenamiento<sup>85</sup>, y esto vale tanto si se trata de precontrato del primer tipo como del segundo. En esto no hay

---

<sup>81</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 567-568. Así también, aunque no del todo claramente, PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 43-44; y BERNAD MAINAR, *RCDI*, 2014, p. 371.

<sup>82</sup> MARÍN NARROS, *RCDI*, 2010, pp. 512-513; STS 2-3-1965 (RJ 1238/1965).

<sup>83</sup> Así, *v.gr.*, en una operación de compraventa, además de ser posibles y lícitos, la cosa y el precio han de estar determinados o ser determinables desde que se celebra el «precontrato»: CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1174; Díez-PICAZO, 1993, p. 315; ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 249.

<sup>84</sup> ROCA SASTRE, 1948, p. 346.

<sup>85</sup> CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1175-1176; ROCA SASTRE, 1948, p. 346; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 166-167 y 419; Díez-PICAZO, 1993, p. 316. También, aunque no demasiado claramente, MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 565-566. Para una exposición de la discusión al respecto en su día, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 93 y 561-566; y ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 161 ss.

discusión. La duda se plantea solo en caso del llamado «precontrato de contrato formal»: como este, ahora bien, es el asunto más propio de este estudio –ya que la donación es negocio formal–, nos ocuparemos de él con más detenimiento un poco más adelante.

Finalmente, el aspecto temporal: ¿qué plazo puede transcurrir entre el momento en que se celebra el precontrato y el momento en que la operación sustantiva pretendida se cierra y viene a ser efectiva definitivamente? Responder a esto exige distinguir según que las partes, al celebrar el precontrato, hayan señalado o no un plazo en ese sentido. Pues, si lo han hecho, a él habrán de estar, de tal modo que si ese plazo transcurre sin haber celebrado el contrato definitivo –primer tipo de precontrato– o sin haber procedido al desarrollo completo del contrato convenido –segundo tipo de precontrato–, la eficacia de lo hecho decaerá<sup>86</sup>. Si, por el contrario, no han fijado tal plazo, dado que no puede admitirse una vinculación indefinida, cabe pensar en dos soluciones: una, acudir al artículo 1128 CC y pedir al Juez que lo fije<sup>87</sup>; otra, aplicar el plazo de prescripción de las acciones personales (el general de cinco años), a contar desde la celebración del precontrato<sup>88</sup>. Aunque es cuestión opinable, quizá la primera solución sea más segura.

### 1.3 **Ámbito de operatividad**

Antes de pasar a ocuparnos de nuestro caso específico, queda todavía una cuestión por considerar en relación con los precontratos en general: ¿cuál es su ámbito de operatividad?

Aunque en principio cabría pensar que los precontratos pueden ser referidos a cualquier contrato, negocio u operación<sup>89</sup>, tal planteamiento no es sostenido en nuestros días prácticamente por nadie, ya que los autores excluyen de tal posibilidad determinados contratos u operaciones. El problema estriba en que no hay un parecer común con respecto a cuáles no pueden ser objeto de precontrato, pues si bien hoy está ampliamente extendida la idea de que los contratos consensuales sí pueden ser objeto de precontra-

<sup>86</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 569; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1181; Díez-PICAZO, 1993, pp. 317-318; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 399. Se discute, ahora bien, si ese plazo ha de considerarse de caducidad o de prescripción.

<sup>87</sup> Así ROCA SASTRE, 1948, p. 347; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 169-170 y 419; Id., 2016, pp. 249-250; CASTÁN, 1993, t. IV, pp. 36-37. Y la STS 2-3-1965 (RJ 1238/1965).

<sup>88</sup> Así MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2018, p. 399.

<sup>89</sup> Aunque no la compartan, *vid.* esta idea apuntada en MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 401; ALGUER, *RDP*, 1935, pp. 378 y 381; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1171; Díez-PICAZO, 1993, p. 311; y CASTÁN, 1993, t. IV, p. 34.

tos<sup>90</sup>, se discute en cambio en relación con los contratos reales y los contratos formales<sup>91</sup>. Nos ocupamos por ello, a continuación, de estos dos últimos casos.

Por cuanto hace a los contratos reales, tenemos que las posturas existentes al respecto van, desde la que considera que son el supuesto paradigmático de precontrato hasta la que afirma su imposibilidad intrínseca<sup>92</sup>.

Consideran unos autores, en efecto, que «el precontrato... encuentra condiciones más apropiadas para su desarrollo en el campo de los contratos reales»<sup>93</sup>. «Si... la entrega, la *res*, es requisito constitutivo del mutuo, del comodato, del depósito y de la prenda, y los *pacta de mutuando, de commodando, de deponendo y de pignorando* no pueden, en consecuencia, producir los mismos efectos que el contrato real correspondiente por falta del requisito de la *res*, parece –se dice–... que tales pactos han de ser calificados... de precontratos, o sea de contratos que obligan al ulterior perfeccionamiento del contrato principal correlativo mediante la entrega de la cosa y la prestación del consentimiento necesario para el mutuo, el depósito, etc»<sup>94</sup>. «En tanto subsista... la categoría de los contratos reales –se ha apuntado también–, el convenio por virtud del cual las partes se obligan a entregarse una cosa determinada y concluir un contrato real constituirá un verdadero precontrato»<sup>95</sup>.

Sostienen otros autores, en cambio –aunque con argumentos no siempre coincidentes–, que el precontrato de contrato real es hoy imposible. Es así, para algunos, porque, en la medida en que el Derecho actual no opera con tipos contractuales tasados sino que reconoce validez y eficacia a todo acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos lícitos, resulta entonces que el precontrato de con-

<sup>90</sup> Aunque tampoco cabe hablar de unanimidad, pues no faltan quienes sostienen que los contratos consensuales son, precisamente, los que no pueden ser objeto de precontrato: esto, claro es, se explica considerando el planteamiento sobre el que tales autores proceden, tendente a identificar o a conectar íntimamente el precontrato con el contrato definitivo, lo que hace que la idea de «celebrar un contrato consensual que lleva a celebrar otro contrato consensual» les resulte chocante. Para una exposición sintética de esta cuestión, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 401 ss; ALGUER, *RDP*, 1935, pp. 383-384; y ROCA SASTRE, 1948, p. 335.

<sup>91</sup> Así lo destacan ALGUER, *RDP*, 1935, pp. 383-384; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1171-1172; y SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, p. 500, entre otros.

<sup>92</sup> Sin faltar quienes zanján radicalmente la cuestión sobre la base de no admitir en nuestro Derecho actual la subsistencia de la categoría de los contratos reales (así, *v.gr.*, SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 532-537): este planteamiento, ahora bien, no lo asumimos nosotros aquí. Sobre los contratos reales, su origen, evolución y falta de justificación en nuestro Ordenamiento hoy –pero sin negar su existencia *de lege lata*–, *vid.* JORDANO BAREA, 1958.

<sup>93</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 493, y cita de otros autores también en p. 482.

<sup>94</sup> Resume así perfectamente este planteamiento, aunque él no lo comparte, ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 1.

<sup>95</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 492.

trato real no es sino un contrato consensual en virtud del cual un sujeto se obliga a entregar a otro una cosa con un fin determinado y este otro se obliga a su vez a la posterior restitución de la cosa a aquel<sup>96</sup>: «contrato consensual de préstamo y precontrato de contrato real de préstamo –se ha dicho, en términos que pueden generalizarse a los demás supuestos de contratos reales– son la misma e idéntica figura. Por ello –se añade–, al confundirse o identificarse este último [el precontrato de contrato real] con aquel [el contrato consensual], obliga a considerarlo como un imposible jurídico»<sup>97</sup>. Para otros autores, sin embargo, la razón de la imposibilidad radica en que los contratos reales responden a una causa gratuita tipificada que excluye sean aptos para ser objeto de precontrato, pues esa causa «les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares (arts. 1743, 1748, 1755, 1776 y 1780 [CC])... mientras que... el precontrato... necesitaría su propia causa (onerosa o gratuita) que matizaría toda la relación, excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código»<sup>98</sup>.

Por nuestra parte, aunque no precisamos adentrarnos a fondo en esta cuestión, nos parece que en estas últimas consideraciones no hay justificación suficiente para negar sean posibles los precontratos de contrato real, porque las objeciones en que tal negativa se sustenta no son plausibles. Por lo siguiente.

Si atendemos al argumento de que el precontrato de contrato real se identifica con un contrato consensual, porque los efectos son los mismos en una configuración y otra, esta objeción se des-

<sup>96</sup> ALGUER, *RDP*, 1936, pp. 5-7: esta sí es la postura propia de este autor en este punto.

<sup>97</sup> ROCA SASTRE, 1948, pp. 340-341. En este punto PUIG BRUTAU –1982, t. II, vol. II, pp. 39-40– no adopta una postura clara, pues si bien inicialmente parece coincidir con ROCA SASTRE, luego afirma que «tal vez sería mejor decir que la celebración en forma consensual (por consiguiente, sin entrega de cosa alguna) de los contratos que el Código regula como contratos reales, deja establecidas, «planeadas», para su cumplimiento en forma sucesiva, la obligación de entregar la cosa y la posterior de devolverla». Y decimos que no adopta una postura clara, porque este planteamiento es muy similar a la configuración de los precontratos que hace en general ROCA SASTRE, y que PUIG BUTAU comparte: *vid. supra* texto y notas 44-46.

<sup>98</sup> CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1172. En una línea semejante, aunque con matices, se muestra Díez-PICAZO: «Si tienen [estos precontratos de contrato real] causa gratuita –dice– no son susceptibles de engendrar ninguna obligación, por la misma razón por la que no la engendran las promesas de donación. Si, por el contrario, tienen causa onerosa..., el convenio consensual es un negocio válido y eficaz, del que derivan específicas obligaciones para las partes. Lo que ocurre es que la estructura de tales obligaciones es claramente diferente de las que determina un simple contrato preparatorio. El convenio consensual de préstamo no se limita a atribuir a los interesados la facultad de poner en vigor en el futuro un contrato de préstamo, sino que impone la obligación de proporcionar al prestatario la suma estipulada [y] esta obligación está sometida a un régimen jurídico especial. Por ejemplo, el prestatario deviene insolvente antes de que la suma sea puesta a su disposición» (1993, p. 314).

virtúa considerando que se trata de una petición de principio, en tanto que no hay ahí demostración sino simple afirmación<sup>99</sup>. Siendo así, en cambio, que plantear que los efectos son distintos en un caso y en otro no resulta descabellado si se entiende que, en caso de contrato consensual, llegado el momento el Juez puede imponer el cumplimiento *in natura* del contrato entregando la cosa a una parte aun contra la voluntad de la otra (en caso de que esta no lo haga espontáneamente), mientras que en caso de precontrato la respuesta a tal incumplimiento puede traducirse solo en condenar a la indemnización de daños y perjuicios, sin poder imponer el Juez el cumplimiento efectivo<sup>100</sup>, y si esto es así, es claro entonces que no cabe identificar el precontrato de contrato real con un contrato consensual.

Y si atendemos a la objeción causal apuntada, su refutación se deriva del principio de libertad contractual que es propio de nuestro Ordenamiento actual, principio que para la validez de los contratos requiere ciertamente que estos respondan a causas jurídicamente atendibles pero siendo así que esas causas no constituyen un elenco cerrado sino que pueden consistir en cualquier fin socio-económico lícito que los sujetos pretendan<sup>101</sup>, de donde resulta que el hecho de que los contratos reales que nuestro Código contempla tenga una causa concreta determinada –como ocurre con cualquier otro contrato tipificado– no es inconciliable con que puedan ir precedidos de precontrato. Y, por otra parte, ¿qué impedimento supone, para la existencia de precontratos de contratos reales, que la causa de estos últimos sea gratuita? Incluso dejando ahora a un lado el hecho de que esa causa puede ser onerosa en la mayoría de los casos (mutuo, depósito, prenda), no se encuentra razón que justifique afirmar que tal supuesto es imposible: recuérdese, tal como quedó visto en su momento, que aun si el precontrato se articula con arreglo al planteamiento más tradicional –contrato que obliga a celebrar otro contrato–, el hecho de que el segundo contrato sea un acto debido no excluye absolutamente las notas de voluntariedad y en su caso gra-

<sup>99</sup> Eso no obstante, hay que reconocer que decir que la diferencia entre esas configuraciones se cifra en valorar la entrega posterior de la cosa como hecha *in obligatione* –si se piensa en precontrato de contrato real, porque con la entrega de la cosa se perfecciona el contrato real y es entonces cuando surge la obligación propia del mismo: *re contrahitur obligatio*– o *in solutione*, si se piensa en contrato consensual: porque la entrega de la cosa no es sino acto de cumplimiento de la obligación nacida en ese sentido del contrato consensual ya celebrado– constituye una disquisición fundamentalmente abstracta, insuficiente por sí sola para negar la identidad entre tales configuraciones.

<sup>100</sup> En caso de que la voluntad de las partes al celebrar el precontrato fuera obligarles a celebrar el contrato real posterior, lo que depende de cómo se configure o entienda el precontrato: *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 492-494. El acuerdo propio del precontrato no es el mismo del contrato real.

<sup>101</sup> Causa en sentido objetivo.

tuidad de esa operación, pues esas notas habrán existido ya en el origen de la misma –al celebrar el precontrato– y de alguna forma se mantienen al celebrar el contrato definitivo<sup>102</sup>. No siendo tampoco óbice para la posibilidad de estos precontratos que algunos de los efectos dispuestos en el Código Civil para los contratos reales no sean aplicables a los precontratos correspondientes, porque ello se debe simplemente a que regulan cuestiones que se plantean solo en situación de posesión actual de la cosa, situación que es precisamente la que falta en el precontrato<sup>103</sup>.

Consideraciones, las anteriores, a las que puede añadirse además que la posibilidad de celebrar precontratos de contratos reales encuentra cierto respaldo en el artículo 1862 de nuestro Código Civil<sup>104</sup>, y también en el plano comparado, ya que se admite en el Derecho austríaco –artículos 957, 971, 983, 984 y 1368 ABGB–, en el Derecho italiano –artículo 1822 *Codice civile* de 1942– y en el Derecho alemán –*vid.* el originario § 610 BGB–<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Considérese aquí, además, en relación con el planteamiento de Díez-PICAZO, que causa gratuita y causa de liberalidad no son necesariamente coincidentes, pues la *causa liberalis* –la propia de las donaciones– implica además un empobrecimiento y enriquecimiento correlativos de donante y donatario, que en el caso de los precontratos de contratos reales no se da. Y menos aceptable aún resulta el argumento que apunta Díez-PICAZO (1993, p. 314) en relación con el comodato –tomado de CARRESSI, «Il comodato», en el *Trattato di Diritto civile italiano*, de Vassalli, 2.<sup>a</sup> ed. Torino 1954, pp. 13 ss–, de que un acuerdo en ese sentido no acompañado de la entrega de la cosa objeto del mismo es un acto que todo lo más genera un deber de carácter social, pero que desde el punto de vista jurídico es irrelevante (para la crítica de este argumento, *vid.* JORDANO, 1958, p. 140).

<sup>103</sup> En este sentido, señala Díez-PICAZO –1993, p. 314– que entre un contrato consensual de préstamo y un contrato real de préstamo existen efectos específicos diferentes, en concreto en caso de que el prestatario caiga en insolvencia antes de recibir el dinero. Esta cuestión, prevista en otros Ordenamientos –*vid.* artículo 936 ABGB, § 610 BGB en su redacción anterior (hoy derogado) –*vid. supra* nota 37–, artículo 1822 *Codice civile* italiano de 1942: *vid. infra* nota 105–, no lo está en el nuestro (aunque JORDANO –1958, p. 119– apunta que se puede llegar a un resultado semejante aplicando por analogía el artículo 1467 CC). En todo caso, sea de esa cuestión lo que sea, lo que para nosotros resulta relevante aquí es constatar que la objeción apuntada por Díez-PICAZO no tiene fuerza para excluir la existencia de los precontratos, por la razón dicha en el texto y porque así lo evidencia además el hecho de que, incluso con ese efecto específico legalmente previsto, otros Ordenamientos no encuentran imposibilidad para admitir la figura en tales casos (*vid. infra* nota 105).

<sup>104</sup> En él se establece que «la promesa de constituir prenda... solo produce acción personal entre los contratantes...». ROCA SASTRE –1948, pp. 339-340–, sin embargo, rechaza ese entendimiento de las cosas, considerando que lo que hay en la prenda (y en la hipoteca) es un negocio de disposición, el cual estima excluido también de los precontratos.

<sup>105</sup> Código Civil austríaco (ABGB): Artículo 957: precontrato de depósito: Cuando alguien se ocupa de la custodia de una cosa de otra persona, se celebra un contrato de depósito. La promesa aceptada de hacerse cargo de cosa ajena aún no entregada vincula a la parte que promete tal, pero no es aún un contrato de depósito («Wenn jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt, so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu übernehmen, macht zwar den versprechenden Teil verbindlich; es ist aber noch kein Verwahrungsvertrag»). Artículo 971: precontrato de comodato: Cuando se entrega a alguien cosa no consumible para su uso no remunerado durante un determinado período de tiempo, se celebra un contrato de comodato. El contrato mediante el cual se promete prestar algo a alguien sin entregarlo aún es vinculante, pero todavía no es contrato de comodato («Wenn jemanden eine unverbrauchbare Sache bloss zum unentgeltlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben

Dicho esto, pasamos entonces a ocuparnos de los contratos formales. Y aquí tenemos que la cuestión se plantea inicialmente en términos parecidos a los que se acaban de ver en relación con los contratos reales. Pues en ellos –se dice– «el contrato principal representa necesariamente un *plus* sobre el precontrato, ya que, al otorgarse el contrato principal, sobre prestar el consentimiento, se habrá de llenar la forma. [Y] como... la forma viene exigida por la ley, el precontrato precedente... no puede producir los efectos del contrato principal, [por lo que] parece... fundada la posibilidad... de considerar el primer contrato como precontrato de contrato formal»<sup>106</sup>.

Este planteamiento inicial, sin embargo, es luego objeto de consideraciones varias.

Así, en su momento sostuvieron algunos autores que la forma del precontrato es tema que debe separarse de la forma del contrato principal, en el sentido de no aplicar a aquel las exigencias que sean propias de este: de otro modo –se dijo–, se llegaría a laminar el con-

---

wird, so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemanden eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag»). Artículo 983: En el contrato de préstamo el prestamista se compromete a entregar al prestatario las cosas con la estipulación de que el prestatario puede disponer de los elementos como considere. El prestatario está obligado a devolver al prestamista cosas del mismo tipo y calidad a la finalización del contrato («Im Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, dem Darlehensnehmer vertretbare Sachen mit der Bestimmung zu übergeben, dass der Darlehensnehmer über die Sachen nach seinem Belieben verfügen kann. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, dem Darlehensgeber spätestens nach Vertragsende ebenso viele Sachen derselben Gattung und die Güte zurückzugeben»). Artículo 984: Un contrato de préstamo puede tener por objeto dinero u otras cosas fungibles. Un préstamo puede concederse de forma gratuita u onerosa. Un contrato de préstamo gratuito sin entrega de bienes solo es eficaz si el prestamista hace su declaración de contrato por escrito («1.–Gegenstand eines Darlehensvertrags können Geld oder andere vertretbare Sachen sein. Ein Darlehen kann entweder unentgeltlich oder gegen Entgelt gewährt werden. [...] 2.– Ein unentgeltlicher Darlehensvertrag ohne Übergabe der Sachen ist nur wirksam, wenn der Darlehensgeber seine Vertragserklärung schriftlich abgibt»). Artículo 1368: precontrato de prenda: Contrato de prenda es aquel por el cual el deudor, u otra persona en su lugar, concede al acreedor una garantía sobre cosa mueble, entregándosela. El contrato de querer entregar una prenda, todavía no es contrato de prenda («Pfandvertrag heisst derjenige Vertrag, wodurch der Schuldner, oder ein Anderer anstatt seiner auf eine Sache dem Gläubiger das Pfandrechtfähig einräumet, folglich ihm das bewegliche Pfandstück übergibt, oder das unbewegliche durch die Pfandbücher verschreibt. Der Vertrag, ein Pfand übergeben zu wollen, ist noch kein Pfandvertrag»).

*Codice civile* italiano de 1942: Artículo 1822 (*Promessa di mutuo*): «Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie».

Código Civil alemán (BGB): § 610 en su redacción anterior (hoy derogado): Quien promete la entrega de un mutuo puede, en la duda, revocar la promesa si en las relaciones patrimoniales de la otra parte se produce un empeoramiento notable por el cual corra peligro la pretensión a la restitución («Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann in Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückertattung gefährdet wird»).

<sup>106</sup> Resumen así perfectamente el planteamiento, aunque él no lo comparte, ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 7.

cepto de precontrato y su utilidad<sup>107</sup>. Lo que les llevó, con base en el principio general espiritualista propio de nuestro Ordenamiento actual, a no exigir requisito ninguno de forma para la validez de los precontratos, fuera cual fuera el contrato a que se refirieran: la ley, parecieron pensar, exige forma para determinados contratos principales, no para los precontratos de los mismos, por lo que estos deben quedar excluidos de ella, dado el carácter excepcional que los supuestos formales tienen en nuestro Derecho hoy.

Planteada en tales términos absolutos, sin embargo, esta postura fue pronto recusada por la mayoría de la doctrina. Y es que, aunque no se discute que el principio de libertad de forma es también aplicable en general a los precontratos, se considera que la cuestión puede o debe tener una respuesta distinta cuando el contrato es de los que por imperativo legal se califican como «formales». En tal caso, se dice, el precontrato debe también ser «formal». La razón es que, en la medida en que el precontrato deja ya a los sujetos del mismo vinculados a los efectos del contrato proyectado, si se admitiese de modo general la validez del precontrato no formal ello determinaría un resultado que no cumpliría con la finalidad pretendida por el legislador al establecer para esa operación una exigencia imperativa de forma<sup>108</sup>.

En esto hay coincidencia actualmente. Con ello, ahora bien, la cuestión no queda zanjada. Y es que, sin perjuicio de lo dicho, se considera sin embargo que no todos los precontratos de contratos formales tienen que ajustarse siempre y necesariamente a los requisitos de forma que se exigen para estos últimos. El esfuerzo doctrinal se centra entonces, hoy, en identificar los casos en que efectivamente se exige la misma forma a uno y otro, y los casos en que no. A este respecto, aunque se han empleado diversos criterios, en lo esencial todos se pueden reconducir a uno. Lo vemos a continuación, recordando antes unas ideas generales sobre la finalidad que el legislador puede pretender cuando establece la exigencia de una determinada forma, y sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la misma.

Desde la perspectiva de los fines que puede pretender, tenemos la siguiente alternativa<sup>109</sup>: a) forma, como elemento que mira a procurar, a los propios sujetos del contrato o negocio que se va a celebrar, una mayor reflexión sobre la importancia y trascendencia del mismo, para así evitar precipitación en su obrar; y b) forma,

<sup>107</sup> DE DIEGO, 1919, t. IV, p. 328. En los términos expuestos en el texto refieren esta idea –aunque no es la suya– MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 561-562; y CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1175.

<sup>108</sup> CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1175.

<sup>109</sup> Se trata de una alternativa aceptada para los negocios de modo general (*vid.*, por todos, Díez-PICAZO, 1993, pp. 256 ss). En todo caso, en relación con nuestro tema, *vid.* MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 561-566; ALGUER, *RDP*, 1936, pp. 7-12; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 41.

como elemento que mira a otros fines, tales como facilitar la prueba –entre otras cosas, de la existencia de una voluntad negocial firme y decidida–, o procurar conocimiento a los terceros del contrato o negocio realizado para así dar seguridad al tráfico jurídico, o ser determinante de que los créditos generados tengan una conformación o unos efectos «especiales».

En cuanto a las consecuencias del no cumplimiento del requisito de forma establecido por la ley<sup>110</sup>, tenemos que se distingue entre supuestos en que eso determina la nulidad radical del contrato o negocio concernido –supuestos de forma *ad solemnitatem*, *ad validitatem*– y supuestos en que eso no determina la inexistencia o invalidez del negocio sino solo su falta de eficacia, de oponibilidad a terceros o de producción de ciertos efectos típicos que la ley adscribe a la forma prevista<sup>111</sup>.

Y entonces, combinando esos dos planos, de ahí resulta que forma *ad solemnitatem* o *ad validitatem* –esto es, forma cuyo incumplimiento determina la nulidad radical del contrato– es la que se requiere generalmente cuando el fin que se busca alcanzar es que los sujetos que van a celebrar un determinado negocio sean conscientes de su importancia y trascendencia, de modo que no procedan con ligereza sino que reflexionen serenamente sobre él antes de realizarlo.

Pues bien, proyectado a nuestro tema, tenemos que eso se traduce generalmente en que, en los casos en que la forma que se exige al contrato principal o definitivo es *ad solemnitatem*, esa misma forma se considera exigible también al precontrato, de tal modo que sin ella resulta tan nulo e ineficaz como aquel: la razón –se dice– es que, si así no fuera, se burlaría lo dispuesto en la ley y se frustraría la finalidad pretendida por ella. En los demás casos de contratos formales, en cambio, se entiende que el precontrato no ha de ajustarse necesariamente a la forma requerida para el contrato principal o definitivo, y que no hacerlo así no afecta a la validez y eficacia propia del precontrato –obligar a las partes a manifestar luego sus voluntades o a proceder en los términos previstos–, aunque sí afecte a la eficacia, oponibilidad, calidad o tipificación que se pretende dar

---

<sup>110</sup> Aunque la idea es de alcance general para todos los negocios, hacen referencia a ella en este tema, entre otros muchos, MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 561-566; ALGUER, *RDP*, 1936, pp. 7-12; ROCA SASTRE, 1948, pp. 341-343; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 166-167.

<sup>111</sup> Ejemplo de esto último, objeto de cita constante por parte de quienes se ocupan de los precontratos, es el llamado *pactum de cambiando*, en el que la existencia y validez del crédito de que se trate no depende de que se cumplan las formalidades propias de la letra de cambio, aunque sí depende de ello la calificación de ese crédito como cambiario, con sus consiguientes efectos y régimen específicos (PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 41). Se habla, por ello, de forma como requisito «de calidad o tipificación». *Vid.* también ROCA SASTRE, 1948, pp. 341-342, quien cita asimismo el caso del precontrato de sociedad.

como resultado último a la obligación, al crédito o a la relación jurídica en cuestión, ya que esto no se consigue con el precontrato<sup>112</sup>.

Una idea semejante parece existir en los Ordenamientos de nuestro entorno que se han ocupado expresamente del asunto<sup>113</sup>.

Y, por nuestra parte, suscribimos también en términos generales el planteamiento expuesto (aunque hacemos notar, no obstante, que la alternativa apuntada no se presenta siempre en la realidad en términos tan claros, pues en ciertos supuestos no es posible señalar una finalidad única y exclusiva al requisito formal que la ley establece<sup>114</sup>, resultando entonces difícil determinar con seguridad el régimen de forma aplicable al precontrato<sup>115</sup>).

<sup>112</sup> ROCA SASTRE, 1948, pp. 341-342; CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, pp. 1175-1176; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, pp. 40-42; ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 166-167.

<sup>113</sup> Artículo 22.2 del Código de Obligaciones suizo: «Lorsque, dans l'intérêt des parties, la loi subordonne la validité du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la promesse de contracter». Artículo 1351 *Codice civile* italiano de 1942: «Il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo». Artículo 410 del Código Civil portugués de 1966: «1. – A convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, per sua razão de ser não se devam considerar extensivas ao contrato-promesse. 2. – Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autentico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas [...]».

<sup>114</sup> Así lo advierte MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 563-566, quien afirma que la forma, «aunque aspire a proteger a los contratantes... tendrá casi siempre otras finalidades...».

<sup>115</sup> Para ejemplificar lo dicho, vamos a considerar dos casos en que es pacífico hablar de forma solemne: contrato de hipoteca, y capitulaciones matrimoniales.

En relación con el negocio de constitución de hipoteca, su carácter formal resulta claramente de la Ley Hipotecaria: «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas—dice el artículo 145 LH—, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad». A la vista de lo cual, se plantea entonces la siguiente pregunta: ¿debe el precontrato (o promesa) de hipoteca—contemplado en el artículo 1862 CC—celebrarse necesariamente también en escritura pública, o puede celebrarse válidamente en forma distinta? ¿Cuál es la *ratio* que anima ese requerimiento de forma? ¿La protección del hipotecante, o el conocimiento por parte de los terceros del gravamen creado, para así proteger la seguridad del tráfico jurídico? Dado que «hipotecarse» es un acto económicamente trascendente, cabe efectivamente pensar que la justificación de tal exigencia se encuentra en el intento de evitar que el mismo se realice a la ligera, sin suficiente maduración. Ocorre, ahora bien, que, aunque eso es cierto, no lo es menos que, en el caso, tan importante o más que eso es proteger a los terceros y al tráfico jurídico (considérese que más trascendente que hipotecar es vender, y sin embargo la ley no impone forma solemne a los contratos de compraventa), lo que pasa por dar visibilidad a la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, para lo cual es a su vez indispensable, *ex* artículo 3 LH., la escritura pública. ¿Podría entonces resultar que esta no fuera sino una exigencia de carácter instrumental, para poder conseguir aquella? Lo que sucede aquí, seguramente, es que los dos fines apuntados se presentan de forma concurrente. En todo caso, sobre la base de lo dicho, volvemos entonces a plantear la cuestión: ¿tiene el precontrato de hipoteca—la promesa de hipoteca—que celebrarse necesariamente en escritura pública, como el contrato de hipoteca, o puede celebrarse en forma distinta? Aunque la forma que se requiere para el contrato de hipoteca tiene carácter de requisito *ad solemnitatem*—de esto no hay duda—, no hay en nuestro Ordenamiento base clara para pensar que en relación con tal precontrato haya de ser también así, lo cual, unido a lo expuesto acerca de cuál de los dos fines perseguidos es más relevante, hace que no sea descabellado entender que el precontrato de hipoteca puede ser válido aun no habiéndose celebrado formalmente—aunque sus efectos no sean constituir la hipoteca sino producir acción personal para ello entre los precontratantes, para exigirle otorgar el oportuno

## 2. EL PRECONTRATO DE DONACIÓN: ANÁLISIS DE SU VIABILIDAD O NO

En todo caso, esto sentado<sup>116</sup>, nos centramos ahora en el supuesto en que para la validez del contrato definitivo o principal se requiere imperativamente su celebración con arreglo a una determinada forma

contrato en escritura pública e inscribirlo en el Registro: en tal sentido, *vid.* CORDERO LOBATO, 2013, pp. 12777-12778, y BLASCO GASCÓ, 2016, p. 1216; para un análisis de la jurisprudencia al respecto, *vid.* RUBIO GARRIDO, 2009, t. III, *ad* artículo 1862, pp. 3699-3701–.

Pasemos entonces al caso de las capitulaciones matrimoniales, en relación con las cuales establece el artículo 1327 CC que, «para su validez... habrá de constar en escritura pública». Lo que ha llevado a algunos autores a afirmar rotundamente que, «por ello, un precontrato de capitulación matrimonial no se concibe» (ROCA SASTRE, 1948, p. 341; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 537-538). Pero, ¿es realmente así? Consideremos la cuestión desde la perspectiva del fin que con esa forma se pretende conseguir: ¿protección de las partes, o protección del tráfico jurídico? Algunos autores entienden que tal forma se requiere en interés de los propios otorgantes, para evitar que actúen con precipitación y sin conocimiento de causa, dado que se trata de un acto trascendente (ROCA SASTRE, 1948, p. 341). Pero, aunque eso no puede negarse en términos absolutos, tampoco resulta descabellado pensar en otros fines, tal como la protección del tráfico jurídico. Considérese, así, que para quienes realizan operaciones económicas con personas casadas es fundamental conocer cuál es el régimen económico de estas y la fecha en que tal régimen se ha establecido, y que esto pasa por la celebración de tales capitulaciones en escritura pública y por su posterior toma de razón en el Registro, siendo este un fin a cuyo lado puede palidecer el de protección de los propios otorgantes, pues, al menos si nos atenemos al *id quod plerumque accidit* –se capitula para cambiar, el régimen legal supletorio que en principio correspondería, por otro de los legalmente contemplados–, ¿acaso cabe pensar que estos otros sean peores o más peligrosos que aquel, hasta tal punto que los particulares sean incapaces de tomar una decisión madura al respecto por sí solos y se haga absolutamente imprescindible para ello contar con la intervención de Notario? En el ámbito del Derecho civil común desde luego no cabe decir sea así, incluso cabría más pensar lo contrario, pues mientras el régimen de gananciales origina entre los cónyuges o futuros cónyuges una comunidad (limitada) de ganancias, el régimen de separación de bienes supone que cada uno mantiene separado su patrimonio, sin constituir comunidad ninguna. Lo cual, con arreglo a lo dicho antes, hace que no sea descabellado pensar que el precontrato de capitulaciones no tiene que cumplir el requisito de forma que se exige para estas, máxime si consideramos que las circunstancias de la vida pueden determinar haya casos en que los sujetos, queriendo organizar su régimen económico y no pudiendo contar con Notario en el momento en que precisan hacerlo, tengan interés legítimo en comprometerse actualmente a capitular en el futuro en un determinado sentido. Considérese, a modo de ejemplo, el caso de novios que en los momentos iniciales de la pandemia causada por el virus COVID-19 decidieran contraer matrimonio *in articulo mortis*, tiempo en que el estricto confinamiento impuesto por las autoridades no les permitía contar con Notario que autorizara las capitulaciones que querían otorgar –pensando que quizá finalmente no murieran ellos pero sí los padres de uno de ellos, titulares de un importante patrimonio–, para así someter su economía matrimonial al régimen de separación de bienes en lugar de al propio del Fuero del Baylío, que por razón de su vecindad civil les sería de otro modo aplicable. ¿Sería radicalmente nulo y absolutamente ineficaz el acuerdo firme y serio que esos novios alcanzaran comprometiéndose a otorgar capitulaciones en el sentido dicho cuando fuera posible? No parece fácil negar que tal precontrato sea válido y eficaz por el mero hecho de no haberse ajustado a la forma prevista para aquellas. Y es que –nótese bien– lo que se plantea aquí no es que esos cónyuges hayan establecido ya para su economía, actual y efectivamente, régimen de separación de bienes –esto no es posible, ya que no lo han hecho en escritura pública–, sino que el acuerdo alcanzado en ese sentido –precontrato no formal– pueda considerarse válido y eficaz en el sentido de obligarles a otorgar luego capitulaciones en los términos convenidos, de tal modo que, si alguno se niega a hacerlo, haya de indemnizar al otro por los daños que con ello le cause.

<sup>116</sup> Y sea de esos concretos supuestos discutibles lo que sea: al no ser ellos el objeto de este estudio, no tenemos porqué que resolverlos aquí definitivamente.

legalmente prescrita. Lo que se justifica por cuanto el negocio de donación es de carácter rigurosamente formal, con forma *ad solemnitatem* guiada por el fin de procurar a las partes una decisión reflexiva y madura al respecto (además de para facilitar la verificación de la existencia de una voluntad firme en ese sentido<sup>117</sup>).

Unas líneas más arriba hemos dejado establecida la postura que en general nos parece correcta en este punto. Para enfocar debidamente la cuestión en nuestro caso concreto, ahora bien, es fundamental considerar el asunto distinguiendo además que una cosa es que el precontrato de donación no sea válido si no se ajusta a la forma que se exige imperativamente para el «contrato definitivo» –el de donación–, y otra que tal precontrato sea un imposible lógico-jurídico en todo caso.

Decimos esto porque, estudiando el asunto desde la primera de esas perspectivas, tenemos que la cuestión ha sido despachada por algunos autores afirmando de un modo rápido que el precontrato de contrato con forma solemne no puede admitirse en nuestro Derecho ni aun en caso de que se celebre en la misma forma que se requiere para el contrato principal<sup>118</sup>. Este planteamiento, sin embargo, creemos que no puede aceptarse. Pues, si la objeción a tal precontrato radica únicamente en el aspecto formal, no hay razón para negar su posibilidad si el mismo se celebra con forma idéntica a la del contrato principal, ya que al hacerlo así se cumple satisfactoriamente el fin que con esa exigencia de forma solemne se busca, en tanto se evitan decisiones impulsivas de los precontratantes y se asegura que procedan con suficiente reflexión (además de conseguir unas declaraciones de voluntad de seriedad y firmeza fácilmente verificables).

Hay quien apunta además, es verdad, que la finalidad de impedir liberalidades precipitadas «reclama que no se dé eficacia a la voluntad de donar hasta que [esta] se haya hecho totalmente efectiva», porque «el desprendimiento para el futuro no puede ser medido en toda su intensidad por el que lo dispone» y porque «para que la voluntad de donar esté suficientemente madura ha de ser simultánea al desprendimiento de su objeto»<sup>119</sup>, pero esto creemos que resulta también inatendible, por excesivo. Una cosa es que el Derecho pueda y deba desplegar una cierta función tuitiva cuando el caso lo

<sup>117</sup> Para ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 168-170, es la apuntada en segundo lugar, y no la primera, la razón que justifica el carácter rigurosamente formal de la donación. Y esa parece ser, además, la razón que a su juicio impide admitir la promesa de donación, aunque luego –en p. 170– parece matizar eso en caso de que la voluntad se manifieste en forma solemne.

<sup>118</sup> CASTAÑOS CASTRO, *RDP*, 2021, p. 16; ROCA SASTRE, 1948, p. 341; PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 41; SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, p. 537.

<sup>119</sup> VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 292.

aconseje –y así ocurre, efectivamente, con las donaciones–, y otra que esa función se lleve a extremos tales que supongan considerar al hombre común como sujeto capitidisminuido incapaz de calibrar el alcance de un acto tal como el de un precontrato de donación. Esta objeción, por tanto, hay que tenerla por superada.

A la vista de lo cual resulta entonces claro que es de la segunda perspectiva antes apuntada de la que más propiamente hemos de ocuparnos. Y aquí la pregunta a considerar es esta: ¿es imposible en nuestro Derecho, desde un punto de vista lógico-jurídico, el precontrato de donación?

La opinión más extendida, en la doctrina y en la jurisprudencia, zanja la cuestión afirmando de modo tajante que tal hipótesis constituye efectivamente algo imposible, tanto desde un punto de vista lógico como jurídico.

Así se considera, en la doctrina, por las dos razones siguientes.

Una, porque, siendo el precontrato figura cuya operatividad se mueve en el plano obligacional-crediticio y no en el dispositivo –esto ciertamente es así, sea cual sea el tipo de precontrato de que se trate–, se reputa entonces que ello resulta incompatible con la donación, por ser este un negocio cuya eficacia en nuestro Derecho se entiende es inmediatamente traslativa<sup>120</sup>.

Y otra, por la incompatibilidad que igualmente se estima existe entre las nociones de precontrato y de donación, porque el precontrato es en sí mismo un contrato que genera para sus autores una cierta vinculación jurídica –aunque el contenido de esta pueda variar, en función del tipo de precontrato de que se trate– al tiempo que la donación se define como atribución patrimonial realizada por un sujeto por causa de liberalidad, es decir *nullo iure cogente*. La idea de precontrato, contrato preparatorio o promesa de contrato –se ha dicho–, referida a la donación, «repugna a su mismo concepto. La donación hecha por obligación lógicamente no puede ser tal donación. [...] La obligación de verificar una donación no puede existir, puesto que la donación es un acto de liberalidad [...] que, por tanto, nadie puede obligarse a hacerlo. Porque si a ello se obligó su otorgante, ya no es donación su cumplimiento»<sup>121</sup>. Esta objeción en contra del precontrato de donación –que se plantea además como definitiva– se cifra, por tanto, en la imposibilidad que se estima existe de configurar «una

<sup>120</sup> ROCA SASTRE, 1948, pp. 343-344.

<sup>121</sup> VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 289. En el mismo sentido también NÚÑEZ LAGOS, *RGLJ*, 1946, p. 142; Díez-PICAZO, 1993, p. 313, y parece que asimismo ALGUER, *RDP*, 1935, p. 380.

donación que sea expresión de un poder vinculante sin dejar de ser por ello un acto o negocio de liberalidad»<sup>122</sup>.

Estas objeciones, ahora bien, no son plausibles, porque se pueden superar.

La primera, porque se desvanece si recordamos lo que en un momento anterior del trabajo quedó dicho<sup>123</sup>. Esto es, que aunque la donación regulada en el Código Civil –en el título II de su libro III: artículos 618 y siguientes– es ciertamente una figura de eficacia traslativa y no obligacional, eso no supone que la donación obligacional se vea absolutamente impedida en nuestro Derecho, porque encuentra cabida planteando la cuestión en el libro IV del Código, en el que, en razón del principio de autonomía privada, no hay obstáculos que impidan configurar voluntariamente –negocialmente– una obligación de dar a título gratuito. Por tanto, aunque el negocio de donación que el legislador tuvo *in mente* al redactar el Código Civil sea de virtualidad inmediatamente traslativa, los sujetos tienen autonomía para, si así lo quieren, celebrar un negocio de donación de eficacia obligacional, esto es un negocio por medio del cual generen a cargo de uno de ellos una obligación de dar a título gratuito una cosa a favor de otro, resultando así una operación que tiende a producir una atribución jurídico-real gratuita pero que no la produce de forma inmediata sino mediata –a través de *obligatio* interpuesta–, cuando el donante cumpla esa obligación. Hoy en nuestro Derecho la donación puede, por ello, tener eficacia tanto traslativa como obligacional, dependiendo de cómo los sujetos la configuren. De donde se deriva, como consecuencia, que esta objeción contra la viabilidad del precontrato de donación ha de ser desechada.

Y también debe ser desechada la segunda objeción, porque se salva advirtiendo el excesivo rigor dogmático de que adolece. Para ello hay que proceder recordando lo que en las consideraciones preliminares sobre el precontrato en general quedó dicho, esto es que la noción de precontrato no es inconciliable con la naturaleza negocial

---

<sup>122</sup> Las palabras transcritas con las que se resume la idea expuesta son de DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ (*RGLJ*, 1985, p. 719), aunque esta autora no comparte tal planteamiento, sino que por el contrario lo combate. «La promesa [precontrato] de donación encuentra su principal obstáculo –añade la autora, abundando en la exposición de ese planteamiento– en que la donación, por su singular naturaleza, no tolera la distinción entre promesa [precontrato] y contrato definitivo. En la promesa [precontrato] de donación el donatario [o futuro donatario]... , acreedor, tendrá derecho a la conclusión del contrato de donación, y el donante, deudor, vendrá obligado a celebrarlo, quebrando así el *animus donandi*. Llegado el negocio a este punto, ¿podría hablarse en realidad de donación, cuando la realización de esta no sería otra cosa que la ejecución de lo que llamamos promesa [precontrato] de donación?» (p. 714; adviértase que, en el planteamiento de esta autora, promesa de donación y precontrato de donación son nociones idénticas).

<sup>123</sup> *Supra*, II.2.

del contrato definitivo ni siquiera en la configuración de aquel menos propicia en ese sentido –la que entiende el precontrato como contrato que obliga a celebrar otro contrato, cuya celebración puede incluso imponer el Juez en caso de que llegado el momento una de las partes no quiera emitir su precisa voluntad–, porque la celebración del negocio definitivo, aunque en cierta forma sea un acto debido, no es menos cierto que en su origen primero o raíz más profunda –cuando se celebró el precontrato– estuvieron presentes las notas de libertad y de voluntariedad, y que esas notas se mantienen de algún modo al celebrar el contrato definitivo, siendo así que esto es suficiente para poderlo encajar en la idea de negocio jurídico. Razonamiento, este, que además no se plantea solo en términos generales sino que se refiere también específicamente al supuesto de donación, destacándose que en este caso, aunque sea a través de un precontrato intercalado, la donación definitiva «no obedece a norma legislativa o privada sino que proviene del ejercicio de la autonomía negocial», porque el consreñimiento que el precontrato supone en tal sentido al donante proviene de su propia voluntad, y por tanto «no es otra cosa que una autolimitación negocial que no excluye el espíritu de liberalidad sino que tan solo lo regula»<sup>124</sup>. Y si esto es válido procediendo sobre la base de la configuración tradicional del precontrato, mucho más ha de serlo con cualquier otra que se considere<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, p. 720. «El fundamento de la promesa de donación –dice en p. 719– está en el dogma de la voluntad. Porque... no parece razonable limitar el poder de autonomía de la voluntad reconocido con carácter general en el Ordenamiento jurídico privado en relación con los derechos de naturaleza patrimonial. Realizar una promesa de donación sin más limitaciones que las establecidas con términos generales para las demás relaciones jurídicas patrimoniales es algo que lógicamente tiene que estar dentro de la esfera de autorregulación de los intereses privados...». También ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 164-165, si bien en términos en buena medida teóricos, dado que, aunque por otras razones, este autor no admite la viabilidad de la promesa (precontrato) de donación en nuestro actual Derecho.

<sup>125</sup> Véase así, como prueba de lo dicho, que DÍAZ-AMBRONA, partidaria de admitir en nuestro Derecho el precontrato (promesa) de donación, lo hace sobre la base de una configuración del precontrato semejante a la que propone CASTRO Y BRAVO, ya que afirma que «en la promesa también están determinados o son determinables los elementos constitutivos del negocio jurídico de donación, pero solo representa una primera fase del desarrollo negocial, cuya finalidad es la consecución del negocio definitivo. Sus coincidencias son muy relevantes. El consentimiento creador de la promesa de contrato es suficiente para perfeccionar el contrato definitivo... porque... en ella los elementos esenciales del contrato es preciso que estén perfectamente determinados, sin necesidad de acudir a un nuevo acuerdo. Puede afirmarse, por tanto, que la voluntad creadora de la promesa no limita su eficacia a sí misma, sino que la proyecta hacia el contrato definitivo que en ella se contempla. La promesa no tiene otro objeto que el propio de la donación; no hay duplicidad de objetos en razón a que la promesa es una fase del mismo procedimiento normativo; los intereses regulados en la promesa de contrato son los mismos que los del contrato definitivo» (*RGLJ*, 1985, p. 718). En estos casos, añade, «el contrato definitivo representa un momento del procedimiento negocial iniciado con la promesa de donación, por lo que en puridad el contrato definitivo constituye solo la integración o culminación de aquel, de tal manera que los efectos patrimoniales derivan de una y de otro. De ahí –sigue diciendo– que en la promesa de donación el promitente –donante– no se obliga, sino que dona con

Con lo cual nos encontramos con que las objeciones teóricas planteadas por la doctrina en contra de la viabilidad del precontrato de donación en nuestro Derecho, no obstante su aparente rotundidad, se pueden salvar.

Y algo semejante ocurre con la Jurisprudencia, porque si bien esta parece en principio radicalmente contraria a tal figura –con jurisprudencia que se dice consolidada a través de diversas sentencias–, luego, cuando esas resoluciones se examinan con detenimiento, se advierte que el rechazo de las mismas al precontrato de donación no viene por lo general determinado porque se estime que esta figura presenta una imposibilidad intrínseca, sino por otras razones: en unos casos, por entenderse que en nuestro Derecho la donación es negocio de eficacia inmediatamente traslativa y por tanto incompatible con el precontrato, ya que este es negocio de eficacia obligacional –*vid.* SSTS 6 de junio de 1908<sup>126</sup>

---

voluntad vinculante integrante de la promesa...» (pp. 719-720). «En la promesa de donación –añade– puede decirse que hay una donación con naturaleza peculiar. El contrato definitivo no pierde tampoco su funcionalidad específica, no actúa como una *causa solvendi*, ni pierde su *causa donandi*, porque el contrato definitivo no tiene por misión la de extinguir la promesa, sino principalmente la de desarrollar la función de integración normativa necesaria para la protección de los efectos típicos queridos por las partes» (pp. 720-721). «Se dona, en consecuencia, en el momento del contrato preliminar, y se dona, asimismo, en el momento de la donación definitiva» (p. 720).

<sup>126</sup> Colección legislativa, núm. 84. El origen del pleito se encontraba en que D. Joaquín (demandado), según parece, había prometido a D. Julio (demandante) una recompensa dineraria en razón a los servicios que este último había prestado en una fábrica propiedad de aquel sita en Filipinas, en la que D. Julio había trabajado durante un tiempo. No conocemos propiamente, sin embargo, el tenor de las declaraciones hechas en el caso, que hay que inducir de los Resultandos de la sentencia –que transcriben parcialmente cartas que D. Joaquín había enviado al padre de D. Julio–, lo que hace que estimar que en el caso hubiera realmente precontrato (promesa) de donación entre D. Joaquín y D. Julio sea cuestión que se mueva en terreno muy inseguro (prueba de lo cual es, entre otras, que la sentencia de la Audiencia recurrida en casación consideró que esas cartas constituían un simple propósito comunicado además a tercera persona [al padre de D. Julio]). En todo caso, hipotizando aquí las manifestaciones de D. Joaquín en el sentido más útil para este estudio, tendríamos lo siguiente. En una de esas misivas, D. Joaquín decía al padre de D. Julio que había escrito una larga carta a D. Julio y otra a Mr. Mac-Gavín [Director gerente y apoderado de D. Joaquín en la fábrica en cuestión] dando a este instrucciones para colocar aquí [en España] el capital necesario para producir la renta de 30 duros mensuales, que disfrutaría D. Julio como compensación al celo e interés demostrado por él desde mayo de 1898 a octubre de 1900; que en tal estado de cosas no era posible, como el padre de D. Julio quería, deshacer lo hecho, siendo preciso esperar la resolución de D. Julio, y que «si este no acepta mi regalo, que no he hecho ni haré igual a nadie que esté en su lugar, podremos resolver otra cosa». Y en otra carta, también dirigida al padre de D. Julio, decía D. Joaquín que «mi ofrecimiento a Julio, con el cual está conforme, es darle aquí un duro diario para que pueda vivir con la recompensa a su celo y al riesgo que corrí en la fábrica durante la rebelión. El dinero correspondiente a esta renta de un duro se lo impondré aquí, según le he ofrecido, en renta segura. No lo hago en el momento porque los cambios han subido un 16 por ciento desde que le hice la oferta y espero que vuelvan a mejorar algo para hacer la operación, si es que no la ha hecho ya Mac-Gavín al salir Julio de Manila». Llegado el momento, sin embargo, D. Joaquín no hace efectivo lo referido, y D. Julio interpone demanda contra él. D. Joaquín contesta aduciendo que la donación de que el actor hacía supuesto no constaba ni fue aceptada, ni por tanto podía producir efecto jurídico alguno; y que la carta en cuestión no contenía promesa de recompensa sino solo seguridades de gratitud en el supuesto de ser cierto el buen comportamiento de D. Julio, que él solamente conocía por las afirmaciones del mismo en la carta a que contestaba, y que

y 22 de junio de 1982<sup>127</sup>–; en otros casos, por estimarse que lo realmente querido por las partes en el supuesto litigioso había sido una donación con virtualidad traslativa actual y no obligacional, lo que por tanto excluye que hubieran querido celebrar un precontrato –*vid.* STS 23 de diciembre de 1995<sup>128</sup>–; y en otros, porque el objeto de las operaciones eran

---

desgraciadamente no fueron luego confirmadas por Mac- Gavín, Apoderado de aquel y jefe de este (se discutió un posible desfalco cometido por D. Julio en las cuentas de la fábrica).

Pues bien, así las cosas, y fuera cual fuera el exacto tenor de las declaraciones habidas en el caso, el hecho es que el Tribunal Supremo desestimó la pretensión de D. Julio, «Considerando que del concepto de donación, según lo establecen los artículos 618 y 619 del Código Civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquella aceptada, porque siendo la voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma y términos que establece el artículo 632 del mencionado Código. / [Y] Considerando, esto establecido, que no habiendo existido en el caso más que la simple promesa realizada por D. Joaquín... para constituir una renta vitalicia a D. Julio..., aun en el supuesto establecido por [D. Julio] de que él aceptó aquella oferta, faltaría siempre la realización del acto que integra la donación, esto aparte de no ser posible estimar acreditada la aceptación del donatario porque en una carta del donante se hiciese referencia a la aceptación de aquel, en razón a que el expresado requisito ha de justificarse... por escrito del propio favorecido por la donación».

<sup>127</sup> RJ 3437/1982. El documento que está en la base del litigio era del siguiente tenor literal: «En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de mayo de 1953, reunidos D. L... separado judicialmente de su esposa..., y D.<sup>a</sup> G..., soltera..., hace aquel a esta formal promesa de cederle la casa sita en... de esta población, de la que es legítimo propietario, siempre y cuando le siga acogiendo en su domicilio y le atiende y preste con el mayor esmero cuantos cuidados y servicios precise, cuya cesión le hará como compensación y en pago de todo ello, y como reconocimiento y agradecimiento de tales atenciones, supuesto la continuidad del buen trato que le viene dispensando. Y en prueba de ello, y para darle seguridad a... D.<sup>a</sup> G... de que su buen comportamiento... será recompensado..., además de su agradecimiento, con la cesión o adjudicación en pago de la referida casa, firman ambos el presente documento». Los «cuidados y servicios» en compensación o pago de los cuales se planteaba la operación recogida en ese documento, ahora bien, precisa la sentencia que eran de tal índole (convivencia *more uxorio*) que no eran jurídicamente exigibles, por lo que debía excluirse que la operación tuviera causa onerosa, concluyendo por tanto que su causa era gratuita. Pues bien, sobre esa base, afirma el Tribunal Supremo que «la calificación que merece lo plasmado en el documento no ha de ser otra que la de donación promisoria o donación *in promittendo*, ya que obviamente no se transmitió la finca y esto es justamente lo que en el juicio se persigue, siendo dicha figura, según declaró la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1908, ajena a la regulación positiva de la donación dentro del Código Civil, que la regula como negocio... esencialmente dispositivo, carácter que no se pierde ni siquiera cuando concurre con la donación –esencialmente traditoria siempre– la condición». «Careciendo por lo tanto de toda exigibilidad –no existe una obligación de dar directamente originada por la donación promisoria– esta que se llama formal promesa, con matiz condicional».

<sup>128</sup> RJ 9396/1995. Los datos relevantes, por lo que a este estudio interesa, son los siguientes. Con fecha 16 de agosto de 1987, las partes suscribieron documento privado del siguiente tenor literal: «Reunidos... doña M. J... y doña J..., ceden a F... todos los derechos y participación que nos corresponden en el piso situado en Madrid, calle... en la casa situada en Cilleros, calle..., con patio y jardín y huerto unidos; y también las fincas conocidas como Vega de Melao, también en Cilleros...; también cedemos los regadíos conocidos por las Vegas Comillas, en Cilleros...; esta cesión se la hacemos en reconocimiento por los servicios y asistencias que recibimos de F..., y que tan pronto podamos las haremos en escritura ante Notario, queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero; esta es nuestra voluntad, que F. agradece y firma junto con nosotras». Lo referido, sin embargo, no se llevó a efecto, y F. inició pleito que llegó hasta el Tribunal Supremo, que desestimó la pretensión de F. considerando que lo querido por las partes en el caso había sido una donación traslativa, ya que del tenor literal del documento «no se deduce la voluntad [de D.<sup>a</sup> M. J. y D.<sup>a</sup> J.] de celebrar otro

bienes inmuebles y los negocios en cuestión no se habían formalizado en escritura pública, por lo que eran radicalmente nulos por defecto de forma –*vid.* SSTS 22 de junio de 1982<sup>129</sup> y 23 de diciembre de 1995<sup>130</sup>–. A tenor de lo cual hay que concluir entonces relativizando lo dicho en

segundo contrato, respecto del cual el pactado es un antecesor o una especie de ley de bases; más bien al contrario, se emplean los verbos en tiempo de presente: «las otorgantes ceden a F.»; «también cedemos»; «esta cesión se la hacemos en reconocimiento»; «queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero»; etc. Y esta voluntad de actuar de presente –apunta–, en nada subordinada a una actuación futura, no se desvirtúa por la frase «y tan pronto podamos las haremos en escritura ante Notario», a virtud de lo cual claramente se revela la única finalidad de cumplir un requisito de forma, sin subordinación de clase alguna a un requisito constitutivo». Añadiendo además el Tribunal Supremo que, aun si se aceptara a fines dialécticos la calificación de lo hecho como precontrato, «tenemos que... entender que el donante que prometió informalmente donar está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no lo ha donado».

<sup>129</sup> RJ 3437/1982: *vid. supra* nota 127. El Tribunal Supremo, ahora bien, aunque no dió validez a la operación, no prestó especial atención a que el documento en cuestión fuera privado y no público. Sí la prestó sin embargo el Juzgado de Primera instancia, lo que le llevó a desestimar la demanda.

<sup>130</sup> RJ 9396/1995: *vid. supra* nota 128. En este caso el Tribunal Supremo, además de por la consideración fundamental de que lo querido por las partes en el caso había sido una donación traslativa, resolvió apuntando que, «si partimos de la literalidad del documento y de la correspondiente existencia de una pura donación de inmueble, sin cumplir el requisito de la forma el contrato es nulo o inexistente». Añadiendo además que esto valdría aun si se aceptara a fines dialécticos la calificación de lo hecho como precontrato, pues «en este caso tenemos que... entender que el donante que prometió informalmente donar está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no lo ha donado».

Se incluyen a veces, dentro de este grupo, diversas sentencias recaídas en el marco de conflictos de índole familiar. Así, *v.gr.*, la STS 24-1-2008 (RJ 218/2008), en la que no se concedió validez a lo convenido en el caso por defecto de forma y por falta de aceptación, o la STS 25 de enero de 2008 (RJ 225/2008), aunque en este caso solo por falta de aceptación (en tanto estima que la exigencia de escritura pública que como requisito formal establece el artículo 633 CC para la donación de inmuebles queda cumplida al haberse recogido el acuerdo en convenio regulador aprobado en sentencia judicial). Por nuestra parte, y sin perjuicio del defecto formal apuntado, pensamos en todo caso que aunque en los F. D. de esas sentencias se hable de promesa de donación, se trata en verdad de supuestos que no tienen encaje fácil y natural en esa figura, por dos razones. Una, porque lo que en esos casos había era un acuerdo que se integraba, junto con otros diversos, dentro de un convenio regulador de separación matrimonial o de divorcio, lo que nos lleva a considerar que se trata de una estipulación que se explica y justifica en razón de otras dentro de una operación más amplia, compleja y de carácter oneroso (así lo advierte, a nuestro juicio muy atinadamente, ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 176-180, y lo reconoce la STS 18-7-2014 (RJ 4540/2014). La otra razón es, que aun si se aprecia en esos casos la existencia de ánimo de liberalidad, este no se habría articulado a través de una donación directa sino indirecta –pues los convenios reguladores en que se integraban tales acuerdos se celebraban entre los cónyuges, y en ellos no intervenían los hijos beneficiarios de tales atribuciones–, lo cual supone llevar las cosas a un terreno distinto del propio de las donaciones (así lo señala, también con gran agudeza, ATAZ LÓPEZ, 2017, p. 177; sobre las donaciones indirectas, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, 1978, pp. 295-301). Por ello pensamos que no es demasiado útil traer a colación estas sentencias cuando se está tratando, como aquí hacemos, de precontratos (o promesas) de donación en sentido estricto.

Y más claro aún nos parece, en el sentido de confirmar lo que acabamos de decir, el caso tratado en la STS 31 de marzo de 2011 (RJ 3137/2011), que versaba sobre un convenio celebrado entre cónyuges en el que se acordaban determinadas aportaciones que el marido haría a su mujer en caso de que se separaran –una dineraria (una suma de dinero mensual), la otra de un inmueble (un piso que la mujer elegiría llegado el momento, actualmente no concretado sino en el importe máximo de su valor)–. Y es que, aunque esta última estipulación se califique en la sentencia como «promesa de donación», nos parece que esa denominación no le cuadra en absoluto, pues en el caso no cabe apreciar ánimo de liberalidad ninguno de un cónyuge hacia otro –ni al tiempo de entregar el piso, ni al de celebrar ese convenio–, ya que de lo que

tales sentencias, bien porque la objeción en que se basan –que la donación es en nuestro Derecho negocio de eficacia únicamente traslativa– se encuentra hoy superada, bien porque, aunque el defecto de que la operación adolecía era cierto –no se había cumplido con el requisito de forma solemne legalmente exigida–, se trataba de algo contingente, salvable sin más que emplear la forma requerida<sup>131</sup>.

Solo en dos ocasiones –que sepamos– ha habido por parte del Tribunal Supremo rechazo al precontrato de donación considerado en sí mismo y sin atender a elementos añadidos: son los casos resueltos en las sentencias de fechas 16 de febrero de 1996 y, sobre todo, 10 de mayo de 2019.

En la primera de ellas –STS 16 de febrero de 1996<sup>132</sup>– afirma el Tribunal Supremo que, tratándose de promesa de futura donación<sup>133</sup>, «consecuencia de tal calificación es la negación de efectos jurídicos, puesto que... no son admisibles las promesas de donación futura de bienes inmuebles». El pronunciamiento es, pues, tajante, si bien hemos de tener en cuenta también –aunque los Fundamentos de Derecho de la sentencia no se centraran en ello– que la operación versaba sobre bien inmueble y no se hizo en escritura pública, que no fue aceptada en forma por los «donatarios», y que además es discutible que en el caso hubiera voluntad firme y decidida por parte

---

se estaba tratando propiamente era de establecer anticipadamente el modo de «arreglar» económicamente las consecuencias de la separación futura (en caso de que se produjera).

<sup>131</sup> En un sentido hasta cierto punto coincidente, dice DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ que del examen de la jurisprudencia existente sobre esta figura resulta que habitualmente se califica como promesa (precontrato) de donación a la donación incompleta por faltarle alguno de los requisitos propios de la misma, de tal modo que se habla de promesa de donación cuando, pretendiendo un sujeto donar, ello no se realiza efectivamente por no concurrir alguno de los presupuestos legales para que surja el contrato de donación con plena eficacia jurídica (*RGLJ*, 1985, p. 744). Muy clara en este sentido es la STS 24 de enero de 2008 (RJ 218/2008), en la que se dice, literalmente, lo siguiente: «En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquella en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante, sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación». En términos muy semejantes, *vid.* también la STS 25 de enero de 2008 (RJ 225/2008).

<sup>132</sup> RJ 1257/1996.

<sup>133</sup> El supuesto resuelto en ella era el siguiente: un sujeto, padre de cuatro hijos, entregó en 1972 a uno de ellos una cierta cantidad de dinero para que los cuatro hijos pudieran adquirir porciones de fincas segregadas de otra. Con tal dinero, ahora bien, aquel hijo compró para sí cerca de veinte hectáreas, y cuatro para cada uno de sus hermanos. No está clara la razón de esto: pudo ser –dice el F. D.º Primero de la sentencia– «porque el padre atribuyera cantidades distintas a cada hijo, o porque el receptor interpretara incorrectamente los deseos del padre». Pues bien, sea de ello lo que fuera, el hecho es que algún tiempo después –en 1975– el hijo en cuestión firmó –él solo– un documento privado en el que se decía literalmente así: «La motivación de este escrito es hacer la fehaciente manifestación y expreso deseo de compartir en partes iguales con sus indicados hermanos la plena propiedad, posesión, usufructo o beneficios que puedan producir las cerca de treinta y dos aludidas hectáreas adquiridas...; consignando a todos los efectos legales, que por esta manifestación se obliga asimismo, si fuera necesario o conveniente, al reparto del patrimonio familiar al fallecimiento del padre, a otorgar las oportunas escrituras públicas».

del «promitente (precontratante) donante» y no mera declaración de deseo o intención<sup>134</sup>, lo cual relativiza mucho su valor.

Es, pues, en la segunda –STS 10 de mayo de 2019<sup>135</sup>– en la que conviene centrar la atención, no solo por ser de fecha más reciente sino porque no existen en ella tales condicionantes. Las estipulaciones de la escritura pública otorgada en su día por los sujetos concernidos eran las siguientes: «Primera: D.<sup>a</sup>... se compromete a transmitir gratuitamente a D... los bienes descritos en... [esta] escritura, con todos sus derechos y anexos. Segunda: Se fija como plazo máximo para llevar a efecto dicha transmisión el de diez años, a contar desde el otorgamiento de la presente. Tercera: D.<sup>a</sup>... confiere poder especial, tan amplio y bastante como en Derecho se requiera, a favor de D... [el mismo sujeto de la estipulación primera], para que, aun cuando incida en la figura jurídica de la autocontratación [...], pueda otorgar la correspondiente escritura de transmisión gratuita»<sup>136</sup>. Pues bien, sobre esta base, dice el Tribunal Supremo que «nos encontramos con lo que doctrinalmente se ha denominado promesa de donación, en cuanto se fija un plazo durante el cual D.<sup>a</sup>... se comprometía a donar (transmitir gratuitamente) a [D...] los bienes descritos con toda escrupulosidad en la escritura pública,... por todo lo cual estamos ante un acto de liberalidad de D.<sup>a</sup>..., que prometió disponer gratuitamente de sus bienes a favor de...». Y así –afirma–, «establecido que estamos ante una promesa de donación, es forzoso mencionar que dicha figura se encuentra al margen de nuestro Ordenamiento jurídico, como reiteradamente ha establecido la doctrina jurisprudencial de esta Sala», repitiendo luego que «la promesa de donación de inmuebles en cuanto tal es ajena a nuestra regulación positiva». En base a lo cual concluye casando la sentencia de la Audiencia y negando validez y eficacia al acuerdo recogido en la escritura en cuestión<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> Así lo afirma también el Tribunal Supremo en el F. D.º Tercero de la sentencia, diciendo que el texto es «ambiguo».

<sup>135</sup> RJ 1910/2019.

<sup>136</sup> Un año después de haberse otorgado esa escritura, D.<sup>a</sup>... otorgó otra revocando aquella, lo que determinó que D... interpusiera la oportuna demanda.

<sup>137</sup> CASTAÑOS CASTRO estima, sin embargo, que la razón que fundamenta esta sentencia radica en la falta de aceptación (*RDP*, 2021, pp. 7-9). No es, sin embargo, así, pues aceptación hubo, como resulta claro si se atiende al conjunto de los Fundamentos de la sentencia. En este sentido, véase que en el F. D. Segundo se habla de «compromiso convenido con el demandante» y de compromiso de transmisión «otorgado por la demandada en unidad de acto con intervención del obligacional»; que en el F. D. Tercero se dice que «las partes formalizaron escritura pública...»; y, en el F. D. Cuarto, que lo discutido en el caso era «el cumplimiento de la escritura pública... suscrita con fecha 19 de septiembre de 2011 entre demandante y demandada». La idea de Castaños Castro tiene dos causas. Una, haber atendido solo a algunos pasajes del F. D. Quinto de la sentencia –en los que se dice que D.<sup>a</sup> Nuria «prometió disponer gratuitamente de bienes a favor de su hijo sin que este lo llegara a aceptar», «no constando en el presente caso la aceptación de los bienes inmuebles»–, sin advertir esta autora que ahí el término «aceptar» no va referido a la segunda de

El rechazo de esta sentencia al precontrato (o promesa) de donación es por tanto, como decíamos, claro y rotundo. Pero es también, nótese, casi una petición de principio, ya que la imposibilidad del mismo simplemente se afirma, sin aducir razones dogmáticas o de Derecho positivo que la sustenten.

Lo cual deja al jurista sorprendido y desconcertado, máxime cuando se sigue indagando y se encuentra que esa negativa a la figura por parte de la jurisprudencia no es tan constante como se pretende, en tanto que en otros casos –sustancialmente semejantes– el Tribunal Supremo ha llegado a la solución contraria, esto es a admitir la validez y eficacia del compromiso asumido (aunque sea forzando en cierta medida la realidad de los hechos). Así ocurre, por ejemplo, en las SSTs 6 de abril de 1979 y 13 de noviembre de 1962<sup>138</sup>.

las voluntades que integran el consentimiento propio de los contratos, sino que ha de entenderse como sinónimo de «recibir» o «adquirir efectivamente» los bienes objeto del convenio previamente celebrado. Y otra, no advertir que, aunque en la sentencia se habla a veces de «compromiso de D.<sup>a</sup> Nuria» (en singular), eso no es debido a que ella fuera la única que había intervenido en el negocio, sino a que ella era la única sobre la que recaía la carga de la operación convenida.

<sup>138</sup> STS 6 de abril de 1979 (RJ 1273/1979). Aunque no conocemos los términos exactos de la declaración, el origen del litigio radicaba, según se dice en el Cdo. 1.º de la sentencia, en un documento privado en que un sujeto «se comprometía a dar [a otro] la cantidad de 1.000.000 de pesetas en agradecimiento por todas las molestias, perjuicios y ultrajes [que este otro había sufrido] por defender la verdad del testamento ológrafo en el que [aquel] era constituido heredero por su tía». Pues bien, el Tribunal Supremo estimó válido ese compromiso. Es más, hay que destacar que lo único que en el caso se discutió fue si las diligencias judiciales preparatorias de ejecución instadas por el «donatario» frente al «donante», que desembocaron en acta de reconocimiento de firma, eran o no constitutivas de aceptación en la forma requerida por el Código para la validez de las donaciones mobiliarias, lo que en el caso el Tribunal Supremo estimó que sí, «pues no de otro modo puede calificarse una solicitud dirigida al Juez para que en su presencia reconozca el donante su firma al pie del escrito de donación, tendente naturalmente a una exigencia de cumplimiento pero sobre todo mostrándose como tal donatario al poner así de manifiesto y por escrito su voluntad indudable de aceptar la donación».

STS 13 de noviembre de 1962 –segunda sentencia– (RJ 4288/1962). La donante, que tras la muerte de su hermano –canónigo del Cabildo metropolitano de Zaragoza– había resultado heredera abintestato del mismo, parece que quiso cumplir con la que había sido última voluntad de este pero que no pudo llegar a expresar en forma jurídica debida, para lo cual suscribió documento privado en el que se comprometía a entregar a determinadas personas ciertas cantidades de conformidad con dicha voluntad. Una de las beneficiarias de ello (por importe de 25.000 ptas), no obstante no haber concurrido activamente al referido acto de compromiso manifestando su aceptación ni haberlo hecho después, al no cumplir aquella reclamó por acto de conciliación lo prometido, «lo que demuestra –dice el Tribunal Supremo– que aunque no interviniera en la confección del documento ni estampara en él su firma, manifestó expresamente y en forma escrita su aceptación al hacerla constar en la papeleta que formuló con arreglo a... la Ley de Enjuiciamiento civil, cuya aceptación llegó a conocimiento de la donante, que hubo de recibirla...».

Sobre esta base, y al margen de la validez jurídica o no del compromiso asumido en ambos casos, conviene destacar aquí lo llamativo que resulta se estimara lo habido en ellos como aceptación válida, pues cuando un asunto llega a acto de conciliación o equivalente es porque una de las partes concernidas no quiere cumplir lo que la otra le reclama, lo que supone que aquella, aunque hubiera tenido en su día tal voluntad, luego habría cambiado de parecer y la habría revocado, por lo que la aceptación de la otra parte, aunque se considerara válida desde el punto de vista formal, en todo caso sería extemporánea.

Resultando entonces una situación en la que dentro de la Jurisprudencia se encuentran, por un lado sentencias que rechazan la figura pero con base en razones distintas a la imposibilidad intrínseca de la misma –razones que además, en algún caso, ya sabemos no son válidas–; por otro lado sentencias con una negativa rotunda y directa a la figura pero que no contienen fundamentación de ese rechazo; y por otro lado, finalmente, sentencias en las que la operación se considera válida y eficaz, aunque sea con base en argumentos forzados.

A la vista de todo lo cual podemos cerrar estas consideraciones diciendo que, al menos con base en lo que resulta de la doctrina y la jurisprudencia, no existen en nuestro Derecho razones dogmáticas o de índole positiva que impidan el precontrato de donación.

Pero, ¿y si se considera la cuestión desde el punto de vista práctico? ¿Tiene sentido, o razón de ser, el precontrato de donación? Procede ahora que cambiemos de tercio y analicemos la figura desde esta otra perspectiva.

En términos generales, es idea extendida en la doctrina que para la admisión de un precontrato no basta su mera posibilidad teórica sino que debe existir además una razón práctica suficiente que lo justifique<sup>139</sup>. Razón práctica que se encuentra en que no puedan los sujetos, o no les interese, vincularse ya de un modo definitivo; o que no puedan de momento determinar suficientemente el objeto del negocio definitivo; o que no tengan actualmente la titulación necesaria para celebrar el negocio definitivo (está arreglándose, falta algún trámite burocrático...), pero siendo así no obstante que esos sujetos sí tienen un interés atendible en vincularse ya en cierta forma en ese sentido, para dar alguna seguridad a la operación que tienen *in mente*<sup>140</sup>.

La concurrencia de esas circunstancias y de ese interés determina, en efecto, una situación que se considera justifica suficientemente su admisión, cuando se habla de precontratos en general.

Pero, ¿son esas circunstancias e interés válidos y operativos también cuando se trata de precontrato de donación? Creemos que no. Lo que se explica al advertir que, sin perjuicio de las diferencias que existen entre las circunstancias apuntadas, todas presentan un denominador común que en nuestro concreto caso no es posible

<sup>139</sup> Aunque esto puede predicarse en general de cualquier negocio jurídico.

<sup>140</sup> ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 10; LACRUZ, 1979, t. II, vol. Tercero, p. 30 (quien añade también, como razón a considerar, la de evitar una publicidad no deseada en el momento actual); ROMÁN GARCÍA, 1982, pp. 24 y 417-418. Recoge asimismo las razones que habitualmente se aducen en este sentido, SÁNCHEZ VELASCO, *AAMN*, 1952, pp. 491-493 y 497 (aunque él, como sabemos, no es partidario de admitir los precontratos). También se ha apuntado, como circunstancia reseñable en este sentido, que uno de los sujetos no tenga disponible el dinero necesario (como contraprestación) para realizar la operación pretendida, pero esto en caso de donación no resulta planteable.

sin embargo encontrar: una situación de imposibilidad o inconveniencia de celebrar ya el negocio realmente querido, existiendo no obstante un interés atendible en vincularse actualmente de algún modo en ese sentido para el futuro.

Que ese denominador común no existe en nuestro caso se evidencia al considerar que la donación es un negocio en el que casi toda la energía y la sustancia del acto están en manos del donante, cuya voluntad tiene un peso decisivo en la operación –tanto en la decisión de realizarla como en la determinación de su objeto–, y a cuyo lado la voluntad del donatario tiene una relevancia mínima<sup>141</sup>. Lo que se explica por cuanto en la gestación de una donación, a diferencia de lo que ocurre en los negocios onerosos, no hay un proceso de confrontación entre los intereses de los sujetos concernidos hasta que estos alcanzan un punto de acuerdo al respecto –porque la donación es un acto de liberalidad, que produce empobrecimiento íntegro para el donante y beneficio íntegro (enriquecimiento) correlativo para el donatario–, lo que hace que la misma sea obra casi única y exclusiva de aquel<sup>142</sup>.

<sup>141</sup> Este peso específico absolutamente preponderante que la voluntad del donante tiene con respecto a la voluntad del donatario se advierte en la propia regulación o configuración de la donación. Considérese así que, a diferencia de lo que ocurre en cualquier otro contrato, en que la oferta y la aceptación pueden ser hechas tanto por una parte del contrato como por otra –pues en ellos ni la oferta ni la aceptación tienen un contenido específico que las caracterice, sino que se distinguen entre sí únicamente en razón del momento en que se producen: la primera voluntad que se declara es la oferta, la segunda es la aceptación–, en la donación no es indiferente la parte de la que proceden una y otra, sino que la oferta ha de ser hecha siempre por el donante, y la aceptación por el donatario (de otro modo, dice FERRANDIS –*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 585-586–, no se satisfarían las exigencias legales). Considérese, también, la diferencia en cuanto a la capacidad legalmente requerida para hacer o recibir donación: para hacerla se exige tener capacidad para contratar, *i.e.* plena capacidad de obrar; para aceptarla y recibirla, en cambio, cuando la donación es pura y simple no hace falta capacidad para contratar sino que basta con tener capacidad natural de entender y querer (artículos 624-626 CC). Y considérese asimismo, por cuanto hace a la interpretación de una donación, que para ello es la voluntad del donante a la que hay que atender de modo prevalente, lo que se justifica por cuanto fue ella la que determinó fundamentalmente el contenido del negocio. Abundando en lo dicho, considérese además que esa prevalencia de la voluntad del donante se desprende incluso de la terminología utilizada en los preceptos del Código, ya que, tal como apunta ATAZ LÓPEZ (1992, vol. 1, p. 135), aunque esos preceptos a veces hablan de donación refiriéndose al negocio ya formado y completo por haber recaído la aceptación del donatario, otras veces aluden con ese término solo a la voluntad del donante: *vid.* artículos 619, 624, 625, 626, 627, 629, 630 y 631 CC. Y *vid.* también la rúbrica del Capítulo II, Título II, Libro III CC: *De las personas que pueden hacer o recibir donaciones*. En una línea semejante ha dicho ROCA SASTRE (en una reflexión referida propiamente a la hipoteca de constitución unilateral, pero que generaliza y extiende también a la donación) que, puesto que se trata de un acto netamente beneficioso para su destinatario, no puede haber inconveniente ninguno para afirmar que «la declaración unipersonal del disponente tiene consistencia propia», ya que «la ausencia de onerosidad por parte del adquirente hace que deba situarse en el acto unilateral del disponente casi toda la energía jurídica y elementos necesarios para su perfección» (1968, t. IV.1, pp. 597 y 599).

<sup>142</sup> En este punto, ha dicho CALVO SORIANO (*AAMN*, 1946, pp. 451, 452 y 453) que convendría destacar el distinto papel que la voluntad del destinatario de una oferta desempeña, «según se dirija simplemente a aceptar una donación o tienda a la aceptación –no se

Pues bien, de ahí se deriva entonces que, en nuestro caso, hablar de precontrato carece de sentido. Porque, dado que en una donación el sujeto más propiamente concernido y más decisivo es el donante, si este quiere hacerla, ninguna razón cabe encontrar que le impida celebrarla actualmente –recuérdese que tanto la decisión de realizarla como la determinación de su objeto dependen enteramente de su voluntad– o que le haga aconsejable dejarla para más adelante pero vinculándose ya a ello –¿qué utilidad reportaría esto al «precontratante donante»?<sup>143</sup>–.

No existe, en efecto, ninguna razón práctica que justifique la existencia del precontrato de donación<sup>144</sup>. Por ello hay que concluir que este no es figura viable, aunque no por consideraciones jurídicas sino de orden práctico o lógico.

Lo que se puede plantear también –en términos distintos, pero igualmente exactos– diciendo una donación, o bien se celebra actual y definitivamente, si los sujetos en cuestión –en especial, el donante– así lo quieren, o bien no pasa de ser una mera idea a considerar en el futuro

---

debería, quizá, en este supuesto decir aceptar, sino crear con otro– de un contrato oneroso», poniendo de relieve que en caso de donación pura y simple la aceptación del donatario «tiene carácter mínimo». Lo cual es así, explica PUIG BRUTAU (1956, t. II.2.º, p. 66), porque la aceptación de la donación «no es un acto que corone la negociación propia de un contrato. Las bases sociológicas de la donación y del contrato son diferentes. La del contrato consiste, propiamente, en la negociación, pero no entendida en el sentido abstracto de negocio jurídico, sino en el de *bargain*, esto es, como operación en la que se contraponen y enfrentan los intereses de los contratantes, que acaban por equilibrarse al perfeccionarse el contrato», cosa que sin embargo falta por completo en la donación. Ahora bien, si esto es así, ¿cuál es, entonces, el valor de la aceptación del donatario requerida en el Código Civil? La respuesta se encuentra distinguiendo un doble plano: uno, el de la aceptación como exigencia estructural para la perfección del negocio –desde este punto de vista, la voluntad del donatario es tan necesaria como la del donante–, y otro, el del papel que esa voluntad desempeña en la conformación sustancial de la operación, plano en el que «el negocio jurídico se compone de realidades, algunas de las cuales no dependen de la norma», en concreto en este caso, que la voluntad del donatario tiene un peso específico incomparablemente menor que la voluntad del donante (DÍEZ PASTOR, *AAMN*, 1952, p. 126).

<sup>143</sup> En caso de donación, en efecto, es absurdo plantear la idea (contemplada en términos generales por ALGUER, *RDJ*, 1936, p. 14) de que los sujetos hayan querido obligarse a celebrar un contrato posterior (el de donación definitiva) con el entendimiento de que si uno de ellos (que en nuestro sería el «precontratante donante») no cumple cuando llegue el momento, tenga que indemnizar al otro (en nuestro caso, al precontratante «donatario») los daños que con ello le haya causado. No teniendo tampoco sentido aquí la finalidad –apuntada en términos generales en tema de precontrato por algún autor– de hacer depender la eficacia del contrato definitivo de que el donatario así lo quiera en el futuro (ALGUER, p. 14), pues, dado que se trata de una atribución patrimonial plenamente beneficiosa para él, siempre la querrá ya, no siendo posible imaginar que deje la exigencia de la misma para un tiempo futuro.

<sup>144</sup> Y esta falta de razón de ser o de sentido práctico es consustancial a este caso, y por tanto permanente, a diferencia de las objeciones de Derecho positivo o de carácter dogmático que se hacen al precontrato, las cuales, aunque fueran válidas, serían en todo caso contingentes.

—sobre todo por parte del donante— pero sin generar vinculación actual ninguna en ese sentido, y por tanto jurídicamente intrascendente<sup>145</sup>.

Este planteamiento, ahora bien, no debe llevarnos a cerrar ya definitivamente la cuestión. Antes hay que valorar en su justa medida las afirmaciones que se acaban de hacer, para lo cual procede analizar el asunto con una visión más amplia. Lo que se justifica por cuanto en la vida real, según se dice a veces, existen casos de precontratos de donación, a lo que hay que sumar que en nuestro Ordenamiento existen algunas normas en las que parece se puede ver reflejada también esa figura: artículos 1340 y 1363 CC, y art. 168.1.c) LH. (aunque este último no tenga hoy apenas aplicación, por haber desaparecido la dote)<sup>146</sup>.

Por ello, aunque el precontrato de donación en sentido estricto sea —según hemos visto— figura inviable, no cabe zanjar el asunto procediendo sobre tal base de forma simplista, pues, sin perjuicio de que eso sea así, no se puede tampoco obviar que en los casos referidos los sujetos concernidos algo han tenido que querer hacer, y algo, además, no ilógico ni inútil.

La tarea del jurista debe, entonces, centrarse en indagar qué es lo que esos sujetos han podido querer realmente. Tarea que no es fácil, ya que, como sabemos, en nuestro Derecho actual el precontrato no es una figura nítida. Para llevarla a buen puerto la clave está, no en calificar si lo que los sujetos han querido celebrar ha sido un precontrato o un contrato definitivo<sup>147</sup> sino en determinar cuál ha sido el efecto práctico concreto que han pretendido producir<sup>148</sup>. Lo fundamental en este sentido es, pues, averiguar cuál ha

<sup>145</sup> Vid. STS 23-12-1995 (RJ 9396/1995). Así lo afirman también Díez-PICAZO, 1993, p. 313; y PARRA LUCÁN, 2013, t. I, p. 431, aunque ambos con base en razones que no consideramos acertadas en este sentido.

<sup>146</sup> Artículo 1340 CC: «El que diere o prometiére por razón de matrimonio solo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe».

Artículo 1363 CC: «Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte».

Artículo 168.1.c) LH: «Tendrán derecho a exigir hipoteca legal: Primero. Las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos: [...] c) Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la Ley» (aunque esto ha de precisarse considerando lo dicho en el artículo 175 LH.: «La hipoteca para asegurar las donaciones por razón de matrimonio solo tendrá lugar en el caso de que se ofrezcan por el marido como aumento de la dote. Si se ofrecieren sin este requisito, solo producirán obligación personal, quedando al arbitrio del marido asegurarlas o no con hipoteca»).

<sup>147</sup> Para SÁNCHEZ VELASCO, sin embargo, lo primero que hay que resolver es si lo que las partes han querido celebrar ha sido un precontrato de donación o una donación definitiva (AAMN, 1952, p. 507).

<sup>148</sup> «Los problemas de calificación jurídica de los precontratos —se ha dicho atinadamente— se transforman necesariamente en problemas de interpretación del contenido... del negocio concreto» (ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 250; en el mismo sentido se pronunciaba este autor anteriormente, en 1982, pp. 27 y 205). Luego, una vez averiguado el efecto práctico pretendido, ya se resolverá si merece o no amparo por parte del Ordenamiento. Así lo

sido la voluntad real de los contratantes, para lo que habrá que proceder aplicando, naturalmente, lo dispuesto en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil<sup>149</sup>.

Planteamiento, este, que se justifica porque creemos puede ocurrir que lo que se encuentra en la vida real no sean en verdad precontratos de donación sino donaciones de eficacia obligacional. Figuras, éstas, que no son iguales, aunque en el lenguaje diario a veces se confundan.

No son iguales, porque la donación obligacional es un negocio único, perfecto y definitivo desde que se celebra con arreglo a Derecho, cuya virtualidad es generar de inmediato una obligación plenamente determinada de dar a título gratuito a cargo de un sujeto (donante) y a favor de otro (donatario): el fin propio y único de este negocio es, en efecto, producir una atribución jurídico-real a favor del donatario, aunque esta no se opere de forma inmediata sino mediata, a través de *obligatio* interpuesta, cuando, llegado el momento, el donante cumpla la obligación que sobre él pesa en ese sentido<sup>150</sup>. Mientras que el precontrato de donación hace referencia –según cuál sea el entendimiento del mismo que se siga– al contrato que obliga a celebrar más adelante otro negocio, en este caso de donación –que de momento, por tanto, no se celebra–; o al contrato de donación único y ya celebrado pero delineado inicialmente solo en sus bases fundamentales, de tal modo que para poderlo cumplir se precisa darle cierto desarrollo con la cooperación o colaboración de las partes; o al contrato de donación único pero cuyo *iter* formativo viene integrado por dos fases: una inicial, en la que la operación se configura y las partes quedan vinculadas pero en la que la realización de su contenido queda en suspenso hasta que más tarde una de las partes requiera a la otra su

---

apunta ROMÁN GARCÍA: «no se trata de dilucidar si se van a producir unos determinados efectos jurídicos, según hayan querido vincularse las partes mediante un precontrato o un contrato definitivo; lo que deberá determinarse con precisión es si efectivamente lo dispuesto por los contratantes en el precontrato justifica suficientemente la protección jurídica del interés que resultará del contrato definitivo proyectado» (2016, p. 255; en sentido semejante, también en 1982, p. 27).

<sup>149</sup> La averiguación de esa voluntad, dice CASTRO Y BRAVO, se hará, bien encontrándola directamente –si se puede–, bien determinando su «voluntad probable», atendiendo a lo que resulte más racional y adecuado a sus fines (ADC, 1950, p. 1136). En un sentido semejante apunta ROMÁN GARCÍA que, «con un método de aproximación realista, debe procederse al análisis del acuerdo de voluntades que pretenden las partes contratantes en relación al objeto y a la causa del precontrato. Teniendo siempre presentes las circunstancias que concurren en el caso concreto, para desvelar así las auténticas intenciones de los contratantes, y, después de integrar los resultados... con el principio de buena fe en sentido objetivo, llegar a una adecuada valoración del comportamiento negocial de las partes» (2016, p. 250; también en 1982, p. 205).

<sup>150</sup> Resultando así que a diferencia de lo que ocurre en la donación traslativa, en que la disminución del activo del donante es inmediata, en la obligacional la consecuencia primera del negocio es el aumento del pasivo del donante, de modo que su traducción en efectiva disminución del activo solo se produce en un momento posterior, cuando tenga lugar la entrega con que cumple esa *obligatio*.

cumplimiento, y otra definitiva, cuando tras ese requerimiento se venga a dar plena efectividad a la donación<sup>151</sup>.

Pues bien, sobre la base de esta diferencia entre una figura y otra, decíamos antes puede acontecer que lo que en el caso que se produce en la vida real exista verdaderamente no sea un precontrato de donación sino una donación actual y definitiva aunque de eficacia obligacional. Creemos esto, porque por una parte tenemos que los sujetos intervinientes en un acto de este tipo no han podido querer hacer algo ilógico y carente de razón de ser práctica –lo cual lleva a descartar la idea del precontrato de donación en sentido propio–, pero por otra parte tenemos que esos sujetos no han querido tampoco realizar una atribución jurídico-real actual<sup>152</sup> –lo cual lleva a excluir la idea de donación traslativa–, siendo así en cambio que en la idea de donación obligacional sí puede encajar el propósito de tales sujetos, si lo que se ha querido hacer es una atribución patrimonial gratuita por parte de uno y a favor del otro pero dejando su materialización efectiva para un momento posterior, cuando el donante cumpla su obligación en ese sentido, de tal modo que el efecto inmediato que se quiere surja del negocio celebrado es el nacimiento de una obligación de dar a cargo del donante y de un derecho de crédito correlativo a favor del donatario.

El llamado precontrato de donación, por tanto, puede en realidad no ser sino un negocio actual y definitivo de donación obligacional<sup>153</sup>. Llegar a este punto requiere, ciertamente, realizar una labor jurídica significativa, que supone incluso la «recalificación»

<sup>151</sup> En sentido sustancialmente semejante, ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 155-158.

<sup>152</sup> A modo de ejemplo, *vid.*, en el caso de la STS 10 de mayo de 2019 (RJ 1910/2019), lo dispuesto en las estipulaciones primera y segunda de la correspondiente escritura: «Primera: D.<sup>a</sup>... se compromete a transmitir gratuitamente a D... los bienes descritos en esta escritura, con todos sus derechos y anexos. Segunda: Se fija como plazo máximo para llevar a efecto dicha transmisión el de diez años, a contar desde el otorgamiento de la presente». En el caso de la STS 6 de abril de 1979 (RJ 1273/1979), aunque no conocemos los términos literales del mismo (*vid. supra* nota 138), se trataba de un documento privado en que un sujeto se comprometía a dar a otro la cantidad de un millón de pesetas en agradecimiento por las molestias, perjuicios y ultrajes que este había sufrido por defender la verdad del testamento ológrafo en que aquel había sido instituido heredero por su tía. Y en el de la STS 13 de noviembre de 1962 (RJ 4288/1962; *vid. supra* nota 138) la donante, heredera abintestato de su hermano, para cumplir con lo que había sido la última voluntad de este pero que no llegó a expresar debidamente, suscribió documento privado en el que se comprometía a entregar ciertas cantidades a determinadas personas en conformidad con dicha voluntad.

<sup>153</sup> En este sentido se pronuncia también ATAZ LÓPEZ, 2017, pp. 166, 170-171 y 181. Y así podrían o deberían entenderse las palabras de CASTRO Y BRAVO cuando afirma que «la promesa de donación... significa donación de presente, pues mediante ella se ha entregado ya gratuitamente una facultad equivalente o idéntica a la de reclamar lo donado que se deriva de la donación» (ADC, 1950, p. 1172). Y otro tanto cabría decir de ROCA SASTRE cuando apunta que «no puede hablarse de precontrato de donación, pues... se tratará de un contrato perfecto de donación... prometida. [...] la donación *ad promittendo* es donación en sí, por cuanto de momento el donante asume una obligación nueva y el donatario adquiere un crédito» (1948, p. 344). Así también ALGUER, RDP, 1935, p. 380. En

de la operación habida. Pero es una tarea que puede resultar oportuna y procedente, pues en el «tratamiento» de un negocio, sea cual sea la calificación que se le haya dado, el jurista debe atender sobre todo a la intención real de las partes, y luego traducirla a la fórmula jurídica que mejor se adapte a esa intención<sup>154</sup>. Esto se ve respaldado si consideramos lo dispuesto en el artículo 1284 CC, que establece –principio de conservación de los negocios– que «si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».

Este entendimiento, es verdad, lleva a tener que discrepar del sentido de algunas de las sentencias que resolvieron los casos que se les plantearon negando validez al compromiso alcanzado por los sujetos con base únicamente en la no admisión de la figura del precontrato de donación –así, señaladamente, el caso de la STS 10 de mayo de 2019–, pero esta discrepancia creemos que resulta justificada si consideramos que el entendimiento de las cosas que hemos propuesto lleva a un resultado no solo viable en nuestro Derecho actual sino, además, perfectamente ajustado a la voluntad real de los sujetos intervinientes en la operación<sup>155</sup>.

Y aunque es cierto –hay que reconocerlo también– que los términos empleados en estos casos, en el documento que recoge el negocio en cuestión, son por lo común confusos, o poco claros, esto pensamos es debido en buena medida a la heterogeneidad y a la falta de regulación que en nuestro Ordenamiento actual presenta la figura del precontrato, figura a la que sin embargo se trata frecuentemente de reconducir la operación por parte tanto de quienes preparan la redacción de tales negocios como de quienes resuelven los pleitos suscitados sobre ellos. Esta es la razón por la que se ha escri-

---

contra, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, ya que esta autora sí admite en sentido propio la promesa o precontrato de donación (*RGLJ*, 1985, p. 731).

<sup>154</sup> *Vid.* ALGUER, *RDP*, 1936, núm. 268, p. 13, quien habla de proceder a una «corrección dogmática del precontrato», aunque no referido específicamente a este caso sino en términos generales –lo que, como sabemos, lleva a este autor a rechazar, también de modo general, la figura del precontrato–.

<sup>155</sup> En el caso resuelto en la STS 10 de mayo de 2019 (RJ 1910/2019), con el entendimiento que proponemos se concluiría admitiendo que D.<sup>a</sup>..., al llegar a acuerdo –y en escritura pública– con D..., desde ese momento quedó obligada a entregarle / transmitirle los bienes descritos en la escritura, teniendo correlativamente D..., desde ese mismo momento, el derecho a exigirle que se los entregara. Así lo estimaron, de hecho, tanto el Juzgado como la Audiencia. Pues en la sentencia de la Audiencia se decía que «no se trata en el presente procedimiento de dar a dicha escritura [la que firmaron en su día D.<sup>a</sup>... y D...] la validez de donación de los bienes que se relacionan... como acto de transmisión del dominio, en tanto que la misma se refiere a un compromiso de donación y además en el plazo de diez años... Lo que se pide es que se obligue a la demandada a otorgar escritura pública de “formalización del compromiso de transmisión gratuita efectuado”. [...] En atención a lo expuesto –concluía entonces la sentencia de la Audiencia–, ha de coincidirse con la juzgadora de instancia en que la demandada quedaba vinculada por el contrato de compromiso convenido con el demandante durante el... plazo de diez años, de modo que, ante el incumplimiento del mismo por su parte, resulta exigible el cumplimiento de la obligación contraída en el mismo».

to en este sentido, con buen criterio, que «por parte de los que asesoran a los contratantes y redactan documentos debería tenerse en cuenta que si en lugar de emplear un lenguaje técnico cuyos efectos están mal determinados, los interesados expusieran de manera clara y directa lo que quieren y los efectos que esperan conseguir, enterándose debidamente cada parte de lo que entiende la otra, no surgirían tantos conflictos»<sup>156</sup>. Esta, es una consideración práctica que es muy pertinente reiterar y destacar aquí.

Siendo conveniente añadir que la conclusión a que hemos llegado –que el llamado precontrato de donación puede o debe a veces ser considerado como negocio actual y definitivo de donación obligacional– se ve además respaldada si consideramos lo que resulta de la aplicación al caso de varios de los criterios que la Jurisprudencia acostumbra a apuntar para distinguir –en general– entre contrato definitivo y precontrato.

Uno de esos criterios es, que los elementos de la operación estén o no determinados de modo suficiente en orden a poder llevar la misma a cumplimiento sin necesidad de nuevo acuerdo o de desarrollo ulterior por parte de los sujetos concernidos –considerando, si lo están, que la voluntad de los sujetos ha sido celebrar el negocio definitivo–<sup>157</sup>. Pues bien, así las cosas resulta entonces que esa determinación suficiente del objeto es fácil y natural que se dé en nuestro caso, ya que en una donación eso es algo que se encuentra enteramente –como antes se ha dicho– en manos del donante, no requiriendo que este llegue con el donatario a un punto de encuentro al respecto tras un mayor o menor «tira y afloja». De donde se deriva que desde que se forma en el donante una voluntad firme y decidida en ese sentido existirá también siempre, o casi siempre, una determinación plena del objeto de la misma, y por tanto lo que en el caso habrá será un negocio de donación (obligacional) actual y definitivo desde el principio.

Y otro tanto cabe decir si se atiende al criterio de que en el contrato en cuestión se hayan empleado o no fórmulas alusivas a un «futuro contrato» –de modo que será precontrato si se hace referencia a él–, o al criterio de que se haya excluido o no la exigencia de cumplimiento forzoso en caso de que llegado el momento una

---

<sup>156</sup> PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 28. Muchos años antes, ya ALGUER había apuntado la misma idea al decir que el término *precontrato*, «más que significar algo, suscita mucho. ¿Cómo puede ser –se preguntaba– fórmula práctica sintética para las necesidades del tráfico un concepto doctrinal complejísimo y vacilante, del que se discuten la existencia y posibilidad, el ámbito de aplicación y los efectos, los requisitos y la protección procesal? ¿Acaso al decirse precontrato entiende todo el mundo lo que se quiere decir, como entiende la palabra venta siquiera en su alcance elemental?» (*RDP*, 1936, p. 13).

<sup>157</sup> PUIG BRUTAU, 1982, t. II, vol. II, p. 28; PARRA LUCÁN, 2013, t. I, pp. 425-426; también en 2013, t. I, pp. 445-447; ROMÁN GARCÍA, 2016, p. 255.

de las partes no se atenga a lo convenido en su día –de modo que será precontrato si se ha excluido esa exigencia, previéndose para ese caso consecuencias distintas, *v.gr.*, cláusula penal<sup>158</sup>–, pues nada de eso tiene sentido en caso de donación, ni por tanto resulta imaginable que exista.

Solo cabría discutir el caso en que el documento en que se refleje la operación haga referencia a una actuación futura por parte del donante descrita en términos imprecisos. Esto, ciertamente, podría plantear duda. Pero, dado que se trata de una cuestión de interpretación, habrá entonces que ver si no resulta más lógico entender que a lo que con esa referencia se hace alusión es a la atribución material con la que más adelante el donante dará cumplimiento a la obligación de dar nacida para él a resultas de la donación ya celebrada<sup>159</sup>, que por tanto habrá producido su efecto propio (obligacional-crediticio) desde el primer momento. Lo cual, si así es, resulta entonces perfectamente compatible con la idea de una donación obligacional.

Y, esto dicho, no puede olvidarse tampoco que este entendimiento de las cosas que proponemos resulta plenamente compatible con lo dispuesto en las normas de nuestro Ordenamiento en las que antes dijimos cabe advertir cierto reflejo de la figura estudiada –los artículos 1340 y 1363 CC, y el artículo 168.1.c) LH<sup>160</sup>–.

Todo lo cual, recapitulando, nos hace concluir que el precontrato (o promesa) de donación en sentido estricto ciertamente no existe en Derecho, ya que no tiene lógica práctica ni razón de ser en la realidad, pero también nos hace concluir que en verdad esa es en muchos casos simplemente una denominación inadecuada con la que se hace referencia a una donación obligacional, que sí es una operación con sentido desde el punto de vista práctico y una figura

<sup>158</sup> PARRA LUCÁN, 2013, t. I, p. 426. Hace aquí referencia esta autora a arras penitenciales (art. 1454 CC), lo que se explica por cuanto está tratando propiamente de compraventa en la que se haya entregado una cantidad como señal. En nuestro caso –donación–, sin embargo, habría que hablar de cláusula penal (art. 1152 CC): así lo hemos hecho en el texto.

<sup>159</sup> Lo que es lo mismo que hablar de dar satisfacción, más adelante, al derecho de crédito correlativo surgido para el donatario, también desde el primer momento, a resultas de la donación ya celebrada.

<sup>160</sup> Lo que significa que esos preceptos deberían entenderse así: Artículo 1340 CC: «El que diere o se obligare a dar por razón de matrimonio...»; Artículo 1363 CC: «Serán también de cargo de la sociedad las cantidades... que se hayan obligado a dar [...] ambos cónyuges...»; Artículo 168.1.c) LH: «... c) Por los bienes que los mismos maridos se hayan obligado a darles dentro de los límites de la ley». En este mismo sentido, no obstante su particular entendimiento de los precontratos, *vid.*, en relación con el artículo 168.1.c) LH, ROCA SASTRE, 1968, t. IV.2, p. 876. Para un estudio conjunto de esos tres preceptos desde la perspectiva de este trabajo, *vid.* DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *RGLJ*, 1985, pp. 726-734, aunque con una visión distinta, ya que esta autora procede sobre la base de admitir en sentido propio la promesa (o precontrato) de donación.

perfectamente viable desde el punto de vista jurídico<sup>161</sup>. La clave para decidir cuándo eso es así pasa por averiguar cuál ha sido la voluntad de los sujetos al plantear la operación, lo que pasa a su vez por atender, no a la calificación que le hayan dado o a la literalidad de los términos que hayan empleado, sino a lo realmente querido por ellos. Averiguado lo cual, y supuesto que lo convenido sea reconducible a un caso de donación actual pero de eficacia obligacional, debe estimarse como tal, y admitirse. El principio de conservación de los negocios así lo pide.

#### IV. RÉGIMEN APLICABLE A LAS DONACIONES OBLIGACIONALES

Una vez llegados a este punto, nos parece entonces que antes de terminar el trabajo puede resultar útil exponer de forma sintética algunas ideas sobre el régimen propio de la donación obligacional, al ser, esta, figura en la que puede verse transmutado el precontrato de donación, según hemos visto.

La razón de considerar cuál sea ese régimen se justifica por cuanto el Código Civil, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, en el título II de su libro III regula propiamente la donación de eficacia traslativa, no la de eficacia obligacional. Lo que lleva aparejado, por consecuencia, el problema de fijar el régimen aplicable a esta<sup>162</sup>.

En este sentido, una primera tentativa de solución que se ha apuntado pasa por considerar que, «cuando el objeto de la donación es un *obligare*, la remisión que se hace a las reglas generales de las obligaciones y contratos en el artículo 621 [CC] cubre perfectamente su necesidad de reglamentación»<sup>163</sup>. Solución, esta, a la que en principio podría pensarse hay poco que objetar, sin perjuicio de que supone asumir que la regulación contenida en el título II del libro III del Código Civil no está referida solo a la donación traslativa (dado que ahí se encuentra el artículo 621 CC, que significaría un punto de apoyo para la regulación de las donaciones obligacionales).

<sup>161</sup> La donación obligacional, como sabemos, es un negocio que nuestro Derecho actual admite, con base en el principio de autonomía de la voluntad.

<sup>162</sup> Sobre este tema, *vid.* nuestro trabajo publicado en *RCDI*, 2019, pp. 598 ss, en base al cual procedemos aquí.

<sup>163</sup> CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 471. Así lo hace tras constatar la amplitud teórica del concepto de donación, que abarca tanto los casos del *dare* como del *obligare* o del *liberare*.

Ocurre, sin embargo, que las cosas no quedan en ese punto, porque otros autores, espoleados por la situación dicha de falta de regulación positiva de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho, proceden entonces a analizar con nuevo espíritu las varias normas que integran el título II del libro III del Código, con intención de encontrar entre ellas otras, además de la contenida en el artículo 621, que se puedan referir también a tales donaciones. Y esto lo llevan a cabo con tanto afán que, al final, terminan abandonando la premisa sobre la que procedían –que el Código contempla en esa sede fundamentalmente la donación traslativa– y dando la vuelta a las cosas.

Esto se evidencia al advertir que algunos de esos autores señalan en ese sentido, además del artículo 621 CC, el artículo 629 CC, del que derivan no solo confirmación de la posibilidad de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho sino también –por un procedimiento lógico *a contrario*– señalamiento del momento a partir del cual tales donaciones obligan: desde su aceptación por el donatario<sup>164</sup>. Otros autores, por su parte, entienden que en el artículo 632.2 CC se puede apreciar asimismo una referencia clara a la donación obligacional (de bienes muebles), porque –dicen– «la donación manual [regulada en ese precepto] es acto de disposición, [pero] no así la promesa gratuita y por escrito de una cosa mueble que, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega»<sup>165</sup>. Y finalmente, llevando este planteamiento a su extremo, están otros autores que, sumando todo lo anterior, concluyen que en el título que el Código Civil dedica a la regulación de la donación se encuentran numerosas normas compatibles con la calificación de la donación como negocio de eficacia obligacional, hasta el punto de considerar que algunas de ellas difícilmente son aplicables a una configuración distinta de la misma: así –dicen–, además de las diversas normas que establecen el requisito de la aceptación, están también «las reglas que fijan el momento en que la donación *se perfecciona* (art. 623), las que aluden a su efecto obligatorio (art. 629), las reglas de forma para la donación de bienes muebles no acompañada de entrega simultánea (art. 632), etc.; reglas –se añade– que permiten encontrar un principio de regula-

<sup>164</sup> CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 468; FERRANDIS, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 581, nota 40; GULLÓN, 1968, p. 72.

<sup>165</sup> Así PUIG BRUTAU, a pesar de que en principio sostiene una concepción de la donación regulada en el Código fundamentalmente traslativa (1956, t. II.2, pp. 67-68). ALBALADEJO, quien escribe que «del conjunto de la regulación de la donación resulta que esta no es necesariamente transmisiva al hacerla, ya que (...), como puede donarse por escrito sin entrega de la cosa [...], esa donación no la transmitirá, y sin duda habrá que trasladarla después para transmitirla» (1991, t. VIII.2, ad art. 618 CC, p. 11).

ción de la donación contractual [*i.e.*, obligacional] dentro de las normas que el Código ha establecido pensando preferentemente en la donación traslativa»<sup>166</sup>.

Estos planteamientos, ahora bien, a nuestro juicio no son correctos. Lo que se explica por cuanto para nosotros, como ya hemos dicho, la regulación contenida en el título II del libro III del Código Civil tiene como término de referencia propio la donación de eficacia traslativa, no la obligacional. Y los planteamientos expuestos, sin embargo, aunque de palabra digan otra cosa, luego, *de facto*, obvian eso.

Prueba de ello es que, si consideramos el señalado en último lugar, de él resulta que casi todos los preceptos del título II del libro III del Código hacen o pueden hacer referencia –total, o al menos parcial– a la donación obligacional: a) requisito de la aceptación: artículos 618, 623, 625, 626, 627, 629, 630, 631, 632 y 633 CC; b) momento de perfección de la donación: artículo 623 CC; c) efecto obligatorio de la donación: artículo 629 CC; d) forma: artículo 632.2 CC; e) norma de remisión y cierre: artículo 621 CC<sup>167</sup>; f) y, siguiendo la lógica de este planteamiento, también habría que considerar aquí el artículo 624 CC –por cuanto hace al tema de capacidad del donante–, el artículo 634 CC –por cuanto hace al llamado *beneficium competentiae*– y el artículo 636 CC –por cuanto hace al límite cuantitativo de las donaciones–<sup>168</sup>. Pero entonces, si esto es así, ¿qué precepto queda, en el título II del libro III del Código Civil, específicamente referido a la donación traslativa? Prácticamente ninguno. Por ello, entendemos que este planteamiento no puede admitirse.

Y otro tanto cabe decir de los planteamientos basados en los artículos 621, 629 y 632.2 CC, no obstante el carácter más concreto que presentan.

El sustentado en el artículo 621 CC, porque su valor en relación con lo que pretende se pone en cuestión considerando que esta norma se justifica, sencillamente, por ser la donación traslativa un negocio en el que existen «declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas»<sup>169</sup>, y entonces, dado que «en el Código Civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición, [por] eso se debe

<sup>166</sup> FERRANDIS VILELLA, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 581-582, no obstante haber afirmado antes (p. 358) que «ciertamente, al redactar el título II del libro tercero, el legislador parece haber pensado solamente en la donación traslativa, o al menos parece haber pensado en ella de manera predominante».

<sup>167</sup> FERRANDIS, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 601.

<sup>168</sup> FERRANDIS, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 597-599.

<sup>169</sup> CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, p. 456.

acudir, por analogía..., a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...»<sup>170</sup>. Lo cual es sin duda importante, pero no implica ir más allá.

El apoyado en el artículo 629 CC, porque su valor en el sentido pretendido se desvirtúa considerando que no resulta plausible entender que el Código, en un mismo precepto, y sin que su letra permita distinguir, contempla dos tipos distintos de operatividad de la donación –traslativa y obligacional–. ¿Cómo se pueden aunar, en un mismo precepto y bajo una misma aceptación, dos tipos de donaciones distintos desde el punto de vista de su operatividad, cuando tal aceptación tendría un significado diferente en cada caso: meramente consumativo del acto transmisivo, en una, y contractual en otra? En realidad, lo que ocurre es que ese precepto emplea impropiaemente el verbo «obligar», en lugar de utilizar el término «vincular»<sup>171</sup>.

Y el derivado del artículo 632.2 CC tampoco es atendible aquí, porque su valor al efecto pretendido queda desvirtuado considerando que, en el supuesto regulado en ese precepto, «en ningún caso existe, por parte del donante, obligación de entregar derivada de modo inmediato de la donación». Lo que ocurre es que de la donación «deriva la transmisión, y de la transmisión –y solo mediatamente de la donación– dimana el deber del donante de entregar al donatario lo que ya es suyo. Tal como sucede en cualquier otro caso de posesión de cosa o derecho ajenos sin causa o título que justifique su posesión en concepto distinto»<sup>172</sup>. La donación regulada en el artículo 632.2 CC es, por tanto, de virtualidad traslativa. Téngase presente aquí, por otra parte, que el efecto inmediatamente transmisivo de la donación de bienes muebles es cosa que no plantea duda ninguna en caso de donación manual; solo se plantea discusión por algunos autores cuando no hay entrega simultánea de la cosa sino documentación por escrito del negocio. Pero esta última no es una idea atendible, lo que además se refuerza considerando que, si la donación manual tiene virtualidad traslativa, no cabe entonces pretender que la otra posibilidad contemplada en relación con bienes muebles (documento escrito) tenga distinta operatividad, cuando esta se establece de manera alternativa y sin rebajarla en su eficacia con respecto a aquella. Hay que entender, por consecuencia, que para el Código la donación de bienes muebles tiene

<sup>170</sup> VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 349.

<sup>171</sup> «Este argumento –dice VALLET DE GOYTISOLO– pierde su valor si tenemos en cuenta que el mismo Código Civil, en los fideicomisos testamentarios, alude a las obligaciones del fiduciario de conservar y transmitir los bienes, siendo así que la transmisión a favor del fideicomisario se opera *ipso iure*, automáticamente, haciéndose ineficaces cuantas disposiciones hubiera verificado el heredero sustituido» (1978, pp. 344-345).

<sup>172</sup> VALLET DE GOYTISOLO, 1978, p. 347.

siempre eficacia traslativa inmediata, y ello tanto si la forma por la que se opta para su celebración es la entrega simultánea de la cosa como si es un escrito privado<sup>173</sup>.

Ahora bien, así las cosas, surge entonces la pregunta: si la donación regulada propiamente en el título II del libro III del Código Civil es solo la de eficacia traslativa inmediata, ¿dónde se encuentra el régimen por el que se regula la donación obligacional? Porque si en nuestro Derecho actual, según ya se ha dicho, esta figura es posible, alguna regulación ha de tener. ¿Cuál es?

A nuestro juicio, la solución pasa por considerar, primero, cuáles son los intereses que el legislador ha tenido en cuenta al establecer las concretas normas que integran el régimen propio de las donaciones traslativas, y, luego, por considerar si esos mismos intereses están o no presentes también en el caso de las donaciones obligacionales. Porque una vez hecho eso tendremos que, en aquellas cuestiones en las que se aprecie coincidencia de intereses, cabrá entonces aplicar a las donaciones obligacionales la misma regulación que en el Código se establece para las donaciones traslativas, aunque —esta precisión es muy importante para nosotros— no porque tales normas sean directamente aplicables también a aquellas, sino por analogía. Y es que, no habiendo normas específicas relativas a las donaciones obligacionales pero sí identidad en cuanto a la razón fundadora de determinadas normas dispuestas para las donaciones traslativas, será procedente aplicar a aquellas lo establecido en tales normas, por ser las más cercanas<sup>174</sup>.

Dicho lo cual pasamos entonces, a continuación, a realizar una consideración somera de las distintas cuestiones que el régimen de las donaciones obligacionales plantea.

## 1. CAPACIDAD, Y FORMACIÓN SIN VICIOS DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL

Por cuanto hace a la capacidad requerida para celebrar válidamente negocio de donación obligacional, pensamos que a esto es perfectamente aplicable —pero por analogía, no directamente— lo dispuesto en los artículos 624-626 CC, en sede de donación traslativa.

<sup>173</sup> Así, CALVO SORIANO, *AAMN*, 1946, pp. 461-462.

<sup>174</sup> Así lo afirma VALLET, aunque con un tono excesivamente cauto: «¿se regirá —se pregunta el autor, hablando de la donación obligacional—... por las reglas generales de las obligaciones, sin perjuicio de la aplicación analógica que deba hacerse de las reglas de fondo... de las donaciones ordinarias?» (1978, p. 353). No acepta esto, en cambio, ALBALADEJO, quien parece abogar por una aplicación directa de esas normas (1991, t. VIII.2, pp. 1573-1574).

Aunque, en caso de donación obligacional, limitado el artículo 624 CC a lo establecido en relación con el requisito de capacidad del donante –esto es, que tenga la necesaria para contratar: mayoría de edad y suficiente juicio–, no al requisito de libre disposición de los bienes, que referido a una donación traslativa tiene razón de ser, pero no en el caso de una donación obligacional.

En relación con el donatario, nos parece sin duda que lo dispuesto en el artículo 626 CC es aplicable también a la donación obligacional.

Por cuanto hace a la formación sana y sin vicios de las voluntades que integran dicho negocio, y al régimen aplicable en caso de no ser así, en caso de donaciones traslativas, dado que nuestro Código está falto de una regulación general del negocio jurídico, ese régimen ha de buscarse en el libro IV, título II, del Código Civil, extrayéndolo o induciéndolo del que ahí se establece para con el contrato. Este es, de hecho, el significado de la remisión contenida en el artículo 621 CC<sup>175</sup>.

Pues bien, ese mismo régimen –el contenido en el título II del libro IV del Código Civil– ha de aplicarse también a la donación obligacional, aunque en este caso no por remisión sino de forma propia y directa, por ser esta que estamos viendo un negocio de carácter contractual.

## 2. PERFECCIÓN DEL NEGOCIO

Por cuanto hace a la perfección del negocio de donación, tenemos que esta cuestión se trata específicamente en el título II del libro III del Código, en concreto en los artículos 623, 629 y 630 CC.

Preceptos, estos, que han dado pie a varias teorías al respecto –las cuales, aunque diversas entre sí, presentan como denominador común introducir divergencias notables con respecto al régimen ordinario de perfección de los contratos recogido en el artículo 1262 CC–, pero que a nuestro juicio han de ser entendidos considerando que, en tanto estemos hablando de un negocio de donación de génesis bilateral, la aceptación del donatario y el conocimiento de esa aceptación por parte del donante son exigencias imprescindibles para la perfección y eficacia del negocio de donación. Lo cual resulta

---

<sup>175</sup> El artículo 621 CC, ha dicho CALVO SORIANO, es norma que se comprende «por la existencia [en la donación] de declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas» (*AAMN*, 1946, p. 456). En el mismo sentido se muestra VALLET, quien afirma que, dado que «en el Código Civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición [por] eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contraríe la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...» (1978, p. 349).

además plenamente coherente con la remisión genérica que el artículo 621 CC hace a la regulación de los contratos.

Pues bien, este mismo entendimiento acerca de la perfección del negocio vale también para la donación obligacional, y en este caso con mayor razón aún, dado que esta no es un negocio de disposición y los artículos 623, 629 y 630 CC no están dictados propiamente para ella.

### 3. OBJETO

A este respecto, aunque se trata de una cuestión en la que nos pronunciamos con cierta cautela, nos parece que a la donación obligacional no es aplicable la prohibición de donar bienes futuros que establece en principio el artículo 635 CC. La razón es que esta no es una exigencia inherente a su propia esencia, ni derivada de ella.

Tal prohibición nos parece por tanto hay que entenderla aplicable exclusivamente a la donación traslativa<sup>176</sup>, y no a la donación obligacional. Lo que se ve respaldado además por el artículo 1341 CC, en el que se establece que los futuros esposos «podrán donarse

---

<sup>176</sup> En contra se muestran FERRANDIS VILELLA y ATAZ LÓPEZ, con argumentos muy semejantes. FERRANDIS, por su parte, dice que es «precisamente en el supuesto de la donación obligacional en el que podrá presentarse la duda acerca de si tal donación puede tener por objeto bienes futuros. Porque es indudable –apunta– que en la donación inmediatamente traslativa... no habrá lugar en ningún caso a la donación de bienes futuros, que, por esa misma circunstancia, no podrán ser entregados al hacerse la donación» (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, pp. 598-599). Y ATAZ, a esa idea añade además otra, cifrada en considerar que «incluso aunque se admita la donación de eficacia meramente obligacional, no parece que esta pueda servir para eludir la prohibición de donar bienes futuros, pues ello sería tanto como habilitar un mecanismo para defraudar la prohibición del artículo 635 del Código Civil» (2017, p. 187).

Estos argumentos, ahora bien, aunque desde un punto de vista estrictamente lógico pueden resultar plausibles, nos parece que no se ajustan a la realidad de nuestro Derecho actual. Lo que se explica con una consideración de tipo histórico. Recuérdese, tal como se vio en la nota 27 de este trabajo, que nuestro Derecho histórico admitió tanto la donación traditoria como la donación promisoria, si bien cada una de ellas con notas características propias distintas de las del otro tipo, y que entre las notas propias de la donación traditoria estaba la de no permitir fueran objeto de la misma bienes futuros, siendo así que esa nota no existía en cambio en caso de donación promisoria. Pues bien, sobre esta base, si consideramos ahora que la norma contenida en el artículo 635 CC se corresponde con una nota que en el Derecho histórico había sido específica de la donación traditoria, y no de la promisoria, esto pensamos permite concluir que la operatividad de esa norma debe ceñirse hoy también solo a las donaciones traslativas, y no aplicarse a las obligacionales. Pues aunque es cierto que en una donación traslativa la referencia a bienes futuros carece en principio de mucho sentido, eso no fuerza sin más a concluir que el artículo 635 CC es aplicable también, o solo, a la donación obligacional, ya que no cabe suponer que nuestros clásicos incurrieran ahí en un absurdo, siendo más razonable pensar que alguna razón debió llevarles a excluir los bienes futuros como objeto de donación solo en la que operaba *traditione rei*, y no cuando operaba vía *promissione*. En todo caso, sea cual sea la razón de esa nota, lo que nos parece indudable es que en esta materia no puede atenderse solo a consideraciones de estricta lógica, sino también, en buena medida, de tipo histórico, y que estas es razonable entender llevan a concluir en el sentido dicho.

antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros» (aunque solo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada).

#### 4. FORMA

¿Qué forma pueden o deben adoptar las donaciones obligacionales? Entender que estas, a diferencia de las donaciones traslativas, no están sometidas a exigencia de forma solemne, porque no hay en el Código Civil norma que así lo establezca para ellas de modo explícito y porque el principio general de nuestro Derecho es la libertad de forma, no parece sea idea plausible. Considerar que la forma solemne, cuando se trata de donación, es exigencia establecida en normas de carácter excepcional y por tanto de aplicación restrictiva, sería idea fruto de un modo de pensar que no resulta procedente aquí, por no advertir que lo singular de este caso es el interés que está en juego y la razón que subyace a tales normas –la protección del propio donante, procurándole una mayor reflexión acerca del acto que va a realizar–, y que ese interés está igualmente presente tanto en caso de donación traslativa como en caso de donación obligacional. La exigencia de forma solemne resulta, pues, referible también a la donación obligacional.

Pero, ¿cuál es esa forma? A nuestro entender, la respuesta a esta pregunta pasa por aplicar a la donación obligacional los mismos requisitos formales establecidos en los artículos 632 y 633 CC para la donación traslativa, aunque no porque estos preceptos sean directamente aplicables también a aquella, sino por analogía<sup>177</sup>.

Lo que se traduce, más concretamente, en aplicar a la donación obligacional relativa a bienes muebles la forma prevista en el artículo 632 CC, y a la donación obligacional relativa a bienes inmuebles la

<sup>177</sup> En este sentido, FERRANDIS (*Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960, p. 593) ha propuesto un cuadro complejo y preciso al respecto, del modo siguiente: «a) Donación traslativa (con entrega inmediata) de cosa mueble: (...) puede hacerse verbalmente o por escrito (artículo 632, párrafos primero y segundo); b) Donación obligatoria... de cosa mueble: necesidad de forma escrita (no necesariamente pública), haciéndose constar también por escrito la aceptación del donatario (artículo 632, párrafo segundo); c) Donación de inmuebles, tanto si es traslativa (entrega inmediata) como si es meramente obligatoria: escritura pública en la que se expresarán individualmente los bienes donados y, en su caso, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; la aceptación (...) puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada (artículo 633, párrafos primero y segundo)». Este planteamiento, ahora bien, aunque sustancialmente correcto, a nuestro juicio precisa la matización hecha en el texto. Y es que si, según ya hemos apuntado repetidamente, el término de referencia propio de los artículos 632 y 633 CC (en general, del título II, libro III, del Código Civil) es la donación traslativa, no cabe entonces considerar que esos preceptos hacen referencia también a la donación obligacional y son aplicables a ella directamente, sin más. A nuestro juicio, la clave en este tema pasa por considerar que esos preceptos son aplicables a la donación obligacional por analogía.

forma exigida en el artículo 633 CC (esto último pensamos es así, aunque la donación obligacional no atribuya directamente al donatario derechos reales sino derechos de crédito y estos en principio hayan de ser considerados bienes muebles ex artículo 335 CC<sup>178</sup>: aun dejando ahora a un lado la dificultad que existe para referir en sentido estricto a los derechos la clasificación que hace el Código de los bienes en muebles e inmuebles, en todo caso nos parece que, incluso desde un punto de vista intuitivo, la solución apuntada es la más adecuada).

## 5. REVOCACIÓN Y REDUCCIÓN

Se trata aquí de dos cuestiones singulares propias de las donaciones –la posibilidad de proceder a su revocación o a su reducción, después de haber sido hechas, cuando se dan determinadas circunstancias–, que se regulan especialmente en los artículos 644, 647, 648 y 654 CC. Pues bien, partiendo de que estas normas están situadas en el título II del libro III del Código, la pregunta que aquí se plantea es: ¿cabe la aplicación analógica de las mismas a las donaciones obligacionales?<sup>179</sup>

A nuestro juicio, la respuesta ha de ser afirmativa. Y la razón, después de todo cuanto hasta este momento llevamos dicho, es clara: porque lo que en esas normas importa no es el cauce empleado –el concreto tipo de negocio donatorio celebrado: de eficacia traslativa o de eficacia obligacional– sino los intereses que están en juego –interés de los hijos, en caso de revocación por supervivencia o sobreveniencia; interés del donante, en caso de revocación porque el donatario cometa delitos contra aquel, le impute la comisión de determinados delitos o le niegue indebidamente alimentos; o interés de los legítimos, en caso de reducción por inoficiosidad–, siendo así que estos intereses concurren igual tanto en caso de dación gratuita actual como en caso de que el sujeto en cuestión se obligue a ella por causa igualmente gratuita (ya que puede exigírsele coactivamente, si cuando llega el momento no la cumple de buen grado).

Y entonces, si los intereses se dan igual en un caso y en otro, de ahí se deriva que han de ser igualmente protegidos. Por eso hay que entender que las normas apuntadas son aplicables también a la donación obligacional, aunque sin olvidar que mientras en el caso de donación traslativa esa aplicación tiene lugar de

<sup>178</sup> Quizá por esto PUIG BRUTAU afirma que la forma exigible a la donación obligacional es la que se prescribe en el artículo 632.2 CC, sin distinguir según que la obligación de dar se refiera a bienes muebles o inmuebles (1956, t. II.2, pp. 79-80, aunque partiendo de la base de entender que esa norma refleja la posibilidad de la donación obligacional).

<sup>179</sup> Apunta esta cuestión VALLET, 1978, p. 353.

forma propia –porque es en ella en la que el legislador pensaba y a la que se refería al dictar esos preceptos–, en el de donación obligacional se hace por analogía.

## 6. *BENEFICIUM COMPETENTIAE*

Y otro tanto ha de decirse de lo dispuesto en el artículo 634 CC –si bien, de nuevo, por analogía–: el sujeto, aunque no dé actualmente sino que defiera la entrega para un momento posterior, pero quedando ya obligado jurídicamente a ello, tiene también que reservarse «en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias».

Pues el interés que se quiere tutelar está igualmente presente, tanto en caso de donación traslativa como en caso de donación obligacional.

## 7. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE DAR (A TÍTULO GRATUITO) GENERADA POR EL NEGOCIO DE DONACIÓN OBLIGACIONAL

Finalmente, por cuanto hace a la obligación de dar a cargo del donante y a favor del donatario que se origina en caso de negocio de donación obligacional, tenemos que la regulación general de la misma con arreglo a la cual habrá que proceder es la que se contiene en el libro IV, título I, del Código Civil.

Aunque teniendo presente que en este punto eso no será, ni por aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 621 CC, ni por analogía. Será así, porque el efecto propio de estas donaciones es obligacional, y porque en el libro IV, título I, del Código Civil, dedicado a las obligaciones (y contratos), es donde se encuentran las normas generales referentes a ellas.

Con lo dicho, creemos que el régimen de la donación obligacional en nuestro Derecho actual ha quedado establecido suficientemente a los efectos de este trabajo.

## V. CONCLUSIONES

1. Principio fundamental de nuestro Ordenamiento es el de autonomía privada, con el que se reconoce a los sujetos poder para actuar en la vida mediante la celebración de negocios con los que constituir relaciones jurídicas en los términos que consideren mejor

conviene a sus intereses. El poder que este principio confiere a los sujetos en el ámbito económico-patrimonial es extraordinariamente grande, aunque no absoluto.

Formulado en tales términos, lo dicho no plantea dificultad. Otra cosa ocurre cuando la cuestión se lleva a terreno más concreto, advirtiéndose entonces que en relación con algunos negocios hay restricciones particulares, cuya existencia suscita interrogantes. Así ocurre con el llamado «precontrato de donación» –también conocido como «promesa de donación»: «precontrato» y «promesa de contrato» son denominaciones que se suelen emplear como sinónimas–, cuya celebración, según se sostiene comúnmente, no es posible en nuestro Derecho. ¿Por qué? Aunque afirmada a menudo, se trata de una imposibilidad cuya justificación no resulta clara.

2. Para resolver eso son precisas algunas consideraciones previas sobre ciertas figuras aparente o realmente próximas –la promesa unilateral y la donación obligacional–, para poder luego dilucidar aquello con tino.

La promesa unilateral es negocio obra de un único sujeto –el promitente–, cuya sola voluntad basta para celebrarlo válidamente y cuyo efecto es generar una obligación a cargo de quien formula tal promesa y a favor del destinatario de la misma, sin requerir para ello la aceptación contractual de este. Esta promesa unilateral, ahora bien, aunque nominalmente parezca próxima a la promesa de contrato o precontrato, es figura completamente distinta, porque el precontrato o promesa de contrato es en sí mismo un negocio de carácter contractual, cuya celebración requiere por tanto el concurso de voluntades de las dos partes concernidas en la operación. La expresión «promesa de donación» se explica por cuanto la operación objetivo de este negocio es una atribución patrimonial que un sujeto quiere hacer a otro por causa de liberalidad, pero con cierto carácter de futuridad. Este carácter de futuridad, sin embargo, no quita que tal negocio sea de naturaleza contractual, por lo que no cabe identificar la promesa unilateral con el precontrato o promesa de donación.

En relación con la donación, la cuestión se cifra en determinar si esta es en nuestro Ordenamiento un negocio de eficacia traslativa (dispositiva) u obligacional. Esto es, si la atribución patrimonial gratuita en que toda donación consiste se produce como efecto directo e inmediato del negocio donatorio, sin obligación intermedia entre uno y otra, o si por el contrario tal resultado se articula de forma mediata, por la vía de una obligación interpuesta. Aunque se trata de una cuestión en la que no hay una postura del todo consolidada, hemos de considerar que la donación regulada en el título II del libro III del Código Civil es un negocio de eficacia traslativa. Lo cual

no significa, ahora bien, que la donación obligacional no sea factible en nuestro Ordenamiento, pues esta es viable llevándola al libro IV de ese mismo Código, dado que en el ámbito del Derecho patrimonial la autonomía de la voluntad es principio fundamental, y en esa sede no hay obstáculo que impida configurar negocialmente una obligación de dar a título gratuito. La eficacia de la donación en nuestro Derecho, así pues, puede ser tanto traslativa como obligacional, dependiendo de la voluntad de los sujetos. Nada obsta, por tanto, para que los sujetos, si así lo quieren, puedan celebrar donación obligacional, buscando producir una atribución jurídico-real gratuita pero no de forma inmediata sino mediata, a través de *obligatio* interpuesta, cuando el deudor cumpla esa obligación.

3. Por cuanto hace al precontrato (o promesa de contrato), constituye este una figura controvertida, de la que se discute incluso su noción. Esto ha dado pie a que, para explicarlo, se hayan elaborado en la doctrina diversas tesis.

La tesis más clásica o tradicional configura el precontrato como un contrato, en cuya virtud los sujetos se obligan a celebrar posteriormente otro contrato (contrato definitivo), que es el que realmente tiene sustancia socio-económica pero que eso no obstante no se celebra de momento. De donde resulta que el efecto propio del precontrato es solo obligar actualmente a los sujetos del mismo a emitir en un tiempo futuro las voluntades necesarias –cada uno la suya– para perfeccionar otro contrato, que es del que nacerán los derechos y obligaciones correspondientes a la operación realmente pretendida.

La segunda tesis –del «contrato básico a desarrollar»– sostiene que en el precontrato no cabe hablar de dos contratos sino de uno solo, vinculante desde el primer momento pero con la singularidad de que su contenido no se encuentra inicialmente desarrollado de modo pleno, lo que conlleva, para las partes de la relación ya nacida, una obligación instrumental añadida: cooperar para desarrollar completamente ese contrato, a fin de poderle dar cumplimiento efectivo. Para esta tesis, el precontrato es el contrato realmente querido pero en germen, delineado solo en sus bases fundamentales y precisado por ello de la ulterior colaboración de las partes para desarrollarlo –aunque ese desarrollo, se dice, no requiere prestación de nuevo consentimiento–. El tradicionalmente llamado contrato futuro no es un contrato nuevo, sino el mismo contrato ya desarrollado.

Para la tercera tesis –del «contrato con *iter* de formación complejo»–, lo característico de esta figura radica en ser un contrato único en cuya formación hay sin embargo que distinguir dos fases. Una primera, en la que se configura el contrato querido y las partes quedan vinculadas pero en la que la realización de su contenido

obligacional sustantivo queda en suspenso, a la espera de que una de las partes requiera a la otra su efectiva puesta en marcha. Y una segunda fase, a la que se pasa cuando la parte en cuestión hace tal requerimiento, procediéndose entonces a dar plena efectividad a la operación diseñada. Para esta tesis, pues, el precontrato es un contrato que se perfecciona desde que las partes convienen al respecto y cuyo objeto se determina además plenamente desde el principio, sin necesidad de desarrollo ulterior, pero cuya efectividad se limita en una primera etapa a quedar las partes vinculadas por lo acordado y facultadas —una sola, o una cualquiera de ellas— para exigir a la otra su puesta *in actu*, momento a partir del cual se procede a realizar el contenido sustantivo del mismo.

Ninguna de estas explicaciones, sin embargo, ha sido recibida acriticamente, por lo que no se ha alcanzado una noción pacífica del precontrato, ni de sus requisitos y efectos. Y es que, si bien de la doctrina y de la jurisprudencia se deriva como idea relativamente admitida la existencia de precontratos y su utilidad en determinados casos, tal coincidencia desaparece cuando se trata de precisar eso. La razón de ello posiblemente radique en que, al carecer esta figura de regulación en nuestro Derecho actual, bajo esa rúbrica se vienen a comprender supuestos distintos entre sí, a todos los cuales, a pesar de no ser iguales, se les aplica la denominación «precontrato».

Por nuestra parte, aunque no estamos del todo convencidos de que hablar del precontrato como figura con entidad propia tenga plena justificación —otra cosa es la existencia y operatividad de los varios supuestos considerados bajo esa rúbrica—, en todo caso creemos que el planteamiento omnicompreensivo apuntado resulta suficiente y válido para proceder en este estudio con resultados satisfactorios. Aunque advirtiendo también que, de los tres supuestos reseñados, los que aquí interesan más propiamente son el primero y el segundo, porque el tercero a efectos prácticos puede ser considerado como un contrato de opción, siendo esta una figura que en caso de donación no tiene sentido.

4. Por cuanto hace a los precontratos de contratos formales, en su momento sostuvieron algunos autores que la forma de esos precontratos era cuestión que debía diferenciarse de la forma de los correspondientes contratos principales, no aplicándose a aquellos la exigencia propia de estos, lo que llevó a esos autores, con base en el principio espiritualista general de nuestro Ordenamiento, a no exigir requisito ninguno de forma para la validez de aquellos, fuera cual fuera el contrato a que se refirieran. Esta postura, sin embargo, fue pronto recusada por la mayoría, considerando que, en la medida en que el precontrato deja ya a los sujetos vinculados de algún modo al

contrato proyectado, eso supondría burlar lo dispuesto en la ley y frustrar la finalidad pretendida por ella (en particular, procurar a las partes una decisión reflexiva y madura al respecto).

Por eso en el supuesto de donación, que es negocio con forma exigida *ad solemnitatem*, esa misma forma habría de requerirse también al precontrato, que sin ella resultaría tan nulo e ineficaz como aquel.

5. Por el solo hecho de ajustarse a la forma que se exige para el «contrato de donación definitivo», ahora bien, no cabe concluir haya que admitir necesariamente el precontrato de donación. Para que sea así hay que dilucidar antes si el precontrato de donación es posible o no en nuestro Derecho desde un punto de vista lógico-jurídico.

La opinión más extendida en la doctrina y en la jurisprudencia afirma que no, con base en las dos razones siguientes.

Una, porque, siendo el precontrato figura cuya operatividad se mueve en el plano obligacional, se reputa entonces que ello resulta incompatible con la donación, por ser esta un negocio cuya eficacia en nuestro Derecho se entiende es traslativa.

Y otra, por la incompatibilidad que se estima existe entre las nociones de precontrato y de donación, porque, si la donación se define como atribución patrimonial realizada por un sujeto por causa de liberalidad *–i.e., nullo iure cogente–*, y el precontrato es en sí mismo un contrato que genera para sus autores una cierta vinculación jurídica, de ahí se piensa resulta que la idea de precontrato repugna al concepto de donación.

Estas razones, ahora bien, no son atendibles.

La primera, porque, aunque la donación regulada en el libro III del Código Civil sea de eficacia traslativa, eso no impide en nuestro Derecho la donación obligacional, reconduciéndola al libro IV del Código.

Y la segunda, por su excesivo rigor dogmático, en tanto que hablar de precontrato no es inconciliable con afirmar la naturaleza negocial del «contrato definitivo». Esto es así incluso en la configuración del precontrato menos propicia en ese sentido *–la que lo entiende como contrato que obliga a celebrar otro contrato–*, ya que, aunque la celebración del negocio definitivo sea en cierta forma un acto debido, en todo caso no se puede negar que en su origen primero o raíz más profunda *–cuando se celebró el precontrato–* sí estuvieron presentes las notas de libertad y de voluntariedad, lo cual es suficiente para encajar el contrato definitivo en la idea de negocio jurídico.

Resultando así que las objeciones teóricas planteadas por la doctrina contra la viabilidad del precontrato de donación en nuestro Derecho, quedan salvadas.

Y algo semejante ocurre con la Jurisprudencia, pues si bien en principio parece radicalmente contraria al precontrato de donación, luego se advierte que su rechazo no viene por lo general determinado por estimar que esta figura sea intrínsecamente imposible, sino por otras razones: en unos casos, por entender que en nuestro Derecho la donación es negocio de eficacia traslativa y por tanto incompatible con el precontrato, que es negocio de eficacia obligacional; en otros casos, por estimar que lo querido por las partes en el supuesto litigioso había sido una donación con virtualidad traslativa actual, lo que por tanto excluye que hubieran querido celebrar un precontrato; y en otros, porque el objeto de la operación eran bienes inmuebles y los negocios en cuestión no se habían formalizado en escritura pública, por lo que eran nulos por defecto de forma.

A la vista de lo cual cabe relativizar lo dicho en tales sentencias, bien porque la objeción en que se basan —que la donación es en nuestro Derecho negocio de eficacia siempre y necesariamente traslativa— no es correcta, bien porque, aunque el defecto de que la operación adolecía era cierto —no se había cumplido con el requisito de forma solemne legalmente exigida—, se trata de un obstáculo contingente.

Solo en ocasiones muy contadas ha habido por parte del Tribunal Supremo rechazo al precontrato de donación considerado en sí mismo y sin atender a elementos añadidos. En esas ocasiones, ciertamente, el rechazo al precontrato (promesa) de donación ha sido formalmente claro y rotundo. Pero ha sido, también, casi una petición de principio, ya que la inadmisibilidad de tal precontrato simplemente se ha afirmado, sin aducir razones que la sustenten.

Lo cual causa sorpresa y desconcierto, máxime cuando esa negativa a la figura por parte de la jurisprudencia no es tan constante como se pretende, en tanto que en otros casos el Tribunal Supremo ha llegado a la solución contraria, esto es a admitir la validez y eficacia del compromiso asumido (aunque hay que reconocer que forzando en cierta medida la realidad de los hechos).

6. A la vista de todo lo cual nos encontramos con que, al menos con base en lo que resulta de la doctrina y la jurisprudencia, no existen en nuestro Derecho razones dogmáticas o de índole positiva que impidan el precontrato de donación. Otra cosa ocurre, sin embargo, si consideramos la cuestión desde el punto de vista práctico.

En términos generales, es idea asentada que para admitir un negocio no basta su mera posibilidad teórica, sino que debe existir además una razón práctica suficiente que lo justifique. Razón práctica que, cuando se habla de precontratos en general, se suele encontrar en que no puedan los sujetos, o no les interese, vincularse ya de

un modo definitivo; o que no puedan de momento determinar suficientemente el objeto del negocio definitivo; o que no cuenten actualmente con la titulación necesaria para celebrar el negocio definitivo, siendo así no obstante que esos sujetos tienen un interés atendible en vincularse ya en cierta forma en ese sentido, para dar alguna seguridad a la operación que tienen *in mente*.

Pues bien, eso sentado resulta entonces que, en el supuesto de donación, el interés apuntado no existe. Y es que, sin perjuicio de las diferencias que existen entre los varios casos referidos, todos presentan un denominador común que no se encuentra en nuestro supuesto: una imposibilidad o inconveniencia de celebrar ya el negocio realmente querido, existiendo no obstante interés atendible en vincularse actualmente de algún modo en ese sentido para el futuro. Ese denominador común, en efecto, no existe en el supuesto de donación, lo que se explica al considerar que esta es negocio cuya energía y sustancia están casi enteramente en manos del donante, en tanto que su voluntad tiene un peso decisivo tanto en la decisión de realizarla como en la determinación de su objeto. Y es que, dado que se trata de un acto de liberalidad, en su gestación no hay un proceso de confrontación entre los intereses de los sujetos concernidos hasta que estos alcanzan un punto de acuerdo al respecto, lo que hace que la donación sea obra casi exclusiva del donante.

Y de ahí se deriva entonces que, en relación con la donación, hablar de precontrato carece de sentido. Porque, dado que en ella el sujeto más propiamente concernido y más decisivo es el donante, si este quiere hacerla, ninguna razón cabe encontrar que le impida celebrarla actualmente, o que le haga aconsejable dejarla para más adelante pero vinculándose ya a ello jurídicamente. Por eso el precontrato de donación no es figura atendible: porque carece de razón de ser o sentido práctico que lo justifique.

7. Ahora bien, aunque el precontrato de donación en sentido estricto no sea figura atendible, no cabe tampoco zanjar el asunto de forma simplista obviando que, al menos en algunos de los casos que se dan en la realidad y que se califican como «precontratos de donación», los sujetos concernidos algo han querido hacer, y algo además con sentido práctico, no ilógico.

Y, así, resulta entonces razonable entender que, con independencia de la terminología empleada, lo que en ocasiones se encuentra en la vida real no son precontratos de donación sino donaciones de eficacia obligacional, si lo que los sujetos concernidos han querido hacer es una atribución patrimonial gratuita de uno a favor del otro pero dejando su materialización efectiva para un momento posterior, cuando el donante cumpla su obligación en ese sentido, de tal modo

que el efecto inmediato que se quiere surja del negocio celebrado es el nacimiento de una obligación de dar a cargo del donante y un derecho de crédito correlativo a favor del donatario.

Llegar a esta conclusión requiere, ciertamente, una labor jurídica significativa. Pero es una labor procedente, pues en el tratamiento de un negocio, sea cual sea la calificación que se le haya dado, el jurista debe atender sobre todo a la intención real de las partes, y luego traducirla a la fórmula que mejor se adapte a esa intención. Para lo cual la clave está, no en indagar a si los sujetos han calificado lo hecho como precontrato o como contrato definitivo, sino en indagar cuál ha sido el efecto práctico real y concreto que han pretendido producir. Averiguado el cual, y supuesto que lo convenido sea reconducible a un caso de donación obligacional, debe estimarse como tal, y admitirse. El principio de conservación de los negocios así lo pide.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1972.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. VIII.2, Madrid, 1991.
- ALGUER MICÓ, José: «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado* 1935 y 1936.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945.
- ANDRÉS, Juan: *Additiones ad Speculum judiciale Guillelmi Durante*, Strassbourg 1475.
- ANTUNES VARELA, Joao de Matos: *Das obrigações em geral*, Coimbra 1970.
- ARCHI, Gian Gualberto: *Donazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII, Milano 1964.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*, Madrid-Barcelona 1998.
- «¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código Civil español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2019, núm. 772.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Lacruz*, vol. 1, Barcelona 1992.
- «La promesa de donación», en *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Rubio Torrano* (dir. Egusquiza Balmaseda y Pérez de Ontiveros Baquero), Cizur Menor 2017.
- BARASSI, Ludovico: *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1948, t. II.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, y BARDE, L.: *Droit civil. Des obligations*, 3.<sup>a</sup> ed. 1906, t. I.
- BELLOMO, Manlio: «Donazione (Diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII, Milano 1964.
- BENEDETTI, Giuseppe: *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969.

- BERNAD MAINAR, Rafael: «En torno a la naturaleza jurídica del precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014.
- BIONDI, Biondo: «La donazione», en el *Trattato di Diritto civile italiano*, de Vassalli, XII, t. IV, Torino 1961.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: *ad* Artículo 1862 CC, en *Código Civil comentado* (dir. Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Orduña Moreno y Valpuesta Fernández), 2.ª ed., Cizur Menor 2016, vol. IV.
- BONILLA SANMARTÍN, Adolfo: «Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1901.
- CALVILLO MARTÍNEZ, Julio: «Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1951.
- CALVO SORIANO, Álvaro: «Tradicción y donación», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III, 1946.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, t. III *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 16.ª ed., Madrid 1992.
- *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, *Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 15.ª ed. Madrid 1993 (revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella).
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: «Donaciones no traslativas», en *Revista de Derecho Privado* 2021.
- CASTIGLIA, Giuseppe: «Promesse unilaterali atipiche», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1983.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de: «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», en *Anuario de Derecho Civil* 1950.
- *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. X, Madrid 1967.
- C. B (CASTRO Y BRAVO): «Recensión a Donisi. Il problema dei negozi giuridici unilaterali», en *Anuario de Derecho Civil* 1973.
- CORDERO LOBATO, Encarna: *ad* Artículo 1862 CC, en *Comentarios al Código Civil* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia 2013, t. IX.
- DELL'AQUILA, Enrico: *Riflessioni sul negozio giuridico unilaterale*, en *Studi Senesi* 1975.
- «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Revista de Derecho Privado* 1979.
- DE DIEGO, Felipe Clemente: *Apuntes de Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid 1913.
- *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid 1919, t. IV.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *Revista de Derecho Privado* 1971.
- DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, t. I, París 1923.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: «La promesa de donación en el Código Civil y la Jurisprudencia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1985.
- DÍAZ PAIRÓ, Antonio: *Teoría general de las obligaciones*, 2.ª ed., La Habana 1948.
- DÍEZ PASTOR, José Luis: «La donación al no concebido», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI, 1952.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil* 1966.
- *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid 1993.

- DONISI, Carmine: *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli 1972.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, Madrid 1957.
- FERNÁNDEZ DE RETES, Josephus: *De donationibus*, Salmanticae 1665.
- FERRANDIS VILELLA, José: «Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones», en *Anuario de Derecho Civil* 1958.
- «Donación traslativa y contrato de donación», en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Madrid*, 1960.
- FLOUR, Jacques, y AUBERT, Jean-Luc: *Les obligations*, París 1975.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, trad. esp., Valencia 1992.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid 1852, t. II.
- GOMAA, Nooman M. K.: *Théorie des sources de l'obligation*, París 1968.
- GÓMEZ, Antonio: *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communi et Regii*, Matriti 1768, t. II.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 13.<sup>a</sup> ed., Madrid 1881, t. II.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: *Naturaleza y efectos de la promesa de venta*, en *Anuario de Derecho Civil* 1950, t. III, fasc. III.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Madrid 1968.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1871.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: «Derecho de Obligaciones», en *Obras completas*, Madrid 1988, t. III.
- JORDANO BAREA, Juan B.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. Tercero, *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona 1979.
- *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona 1985.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *Revista de Derecho Privado* 1964.
- «La función negocial de la promesa de venta», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona 1969, t. II.
- «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado* 1973.
- *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Madrid 1978.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Estudios sobre el concepto y los efectos del precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2010, núm. 718.
- MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques: *L'acte juridique unilatéral*, París 1951.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *La promesa pública de recompensa*, Barcelona 1985.
- *Curso de Derecho civil* (Martínez de Aguirre, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez, Parra Lucán), t. II, vol. I, *Teoría general de la obligación y el contrato*, 5.<sup>a</sup> ed. Madrid 2018.
- MARTY, Gabriel, y RAYNAUD, Pierre: *Droit civil*, t. II.1.<sup>o</sup>, *Les obligations*, París 1962.
- MAZEAUD, Henri: *Leçons de Droit civil*, t. II.1.<sup>o</sup>, 4.<sup>a</sup> ed. París 1969.
- MOLINA, Luis de (S. I.): *De Iustitia et de Iure*, 1602 (pero ed. de 1943), t. II, vol. I.
- MORO LEDESMA, Sebastián: «El precontrato», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1934.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Pago de lo indebido sin error*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1946.

- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Ejecución específica e indemnización en el cumplimiento de precontratos en el artículo 708 LEC», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al Prof. Rodrigo Bercovitz* (dir. Carrasco Perera), Cizur Menor 2013, t. I.
- «Promesa de contrato, precontrato y cartas de intenciones en la jurisprudencia», en *Tratado de la compraventa. Homenaje al Prof. Rodrigo Bercovitz* (dir. Carrasco Perera), Cizur Menor 2013, t. I.
- PICHARDO DE VINUESA, Antonio: *In Institutionis Iustiniani Imperatoris Commentaria*, 1657, libro II.
- POTHIER, Robert Joseph: *Traité des obligations*, en *Oeuvres*, II, 1848, par Bugnet.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, 2.º, Barcelona 1956.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, 2.º, Barcelona 1959.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, *Contratos en particular*, 2.ª ed. Barcelona 1982.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil*. t. III, vol. 2.º, *Obligaciones y contratos*, Barcelona 1966.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, *Obligaciones y contratos*, Madrid 1948.
- *Estudios de Derecho privado*, t. I, *Obligaciones y contratos*, Madrid 1948.
- *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 6.ª ed., 1968, t. IV.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Donación con reserva de facultad de disponer», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVI, 1968.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio M.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid 1982.
- «De nuevo sobre el precontrato», en *Derecho de Obligaciones y contratos. En homenaje al Prof. Ignacio Serrano García* (dir. Muñoz Espada), Madrid 2016.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dir. Pasquau Liaño), 2.ª ed. Granada 2009, t. III.
- SACCO, Rodolfo: voz *Affidamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Milano 1958.
- SÁNCHEZ-BLANCO, Jaime: «Sobre la naturaleza y la forma de la donación», en *Información jurídica* 1952.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed. Madrid 1899, t. IV.
- SÁNCHEZ VELASCO, Hipólito: «Contrato de promesa y promesa de contrato», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VI, 1952.
- SBISÀ, Giuseppe: *La promessa al pubblico*, Milano 1974.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978.
- WORMS, René: *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en Droit romain et en Droit civil français*, Paris 1891.

# El Derecho a la identidad y la identidad digital <sup>1</sup>

**ALFREDO BATUECAS CALETRÍO**  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca

## RESUMEN

*Los medios de comunicación, la administración pública y muchos particulares utilizan con frecuencia la expresión «identidad digital», sin que a día de hoy esté claramente definido a qué hace referencia el término. La identidad digital constituye la última manifestación de la identidad, género del que trae causa. Tanto la identidad como la identidad digital son conceptos que no se corresponden con derechos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico español. En este trabajo se estudia el origen del llamado «derecho a la identidad», su contenido y manifestaciones, prestando especial atención a la última de todas ellas, la identidad digital.*

## PALABRAS CLAVE

Identidad, derecho a la identidad, identidad digital.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado en el marco de los Proyectos de Investigación I+D+i «Marco Regulador de las Plataformas en Línea en la Economía Digital: Competencia y Responsabilidad en el Uso de Datos y Contenidos» (PID2020-119002RB-I00), del que son investigadores principales el Prof. Fernando Carbajo Cascón y la Prof.<sup>a</sup> María Mercedes Curto Polo y «Competencia e Innovación en el Sector Agroalimentario de Castilla y León» (SA265P20), concedido por la Junta de Castilla y León y cofinanciado con fondos FEDER (Orden EDU/1192/2020, de 4 de noviembre), del que es investigadora principal la Prof.<sup>a</sup> Pilar Martín Aresti.

## The right to identity and digital identity

### ABSTRACT

*The mass media, the public administration and many people frequently use the expression «digital identity», without being today clearly defined what is its meaning. The digital identity constitutes the last manifestation of the identity, root of which it brings cause. The identity and the digital identity are concepts that do not correspond to rights recognized as such in the Spanish legal system. This article studies the origin of the so-called «right to identity», its content and manifestations, paying special attention to the last of them all, digital identity.*

### KEY WORDS

Identity, right to identity, digital identity.

SUMARIO: I. Introducción.–II. El derecho a la identidad. 1. Origen. 2. Evolución. 3. La cuestión abierta del reconocimiento del derecho a la identidad. 4. El derecho a la identidad y los derechos de la personalidad.–III. Identidad e identificación.–IV. Identidad digital y nuevas tecnologías. 1. La aparición del entorno virtual. 2. Retos que plantea la identidad digital.–V. Contenido de la identidad digital: extensión y límites.–VI. Protección jurídica de la identidad y de la identidad digital. 1. Protección jurídica de la identidad. 2. Protección jurídica de la identidad digital.–Bibliografía.

### I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías han cambiado radicalmente nuestro modo de vivir, permitiéndonos llevar a cabo acciones hasta hace poco tiempo inimaginables. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse como ejemplo de tales acciones: la posibilidad que existe hoy día de tomar decisiones de domótica desde el teléfono móvil, mantener videollamadas o videoconferencias con personas que se encuentran lejos, consumir bienes y servicios (música, televisión, libros, etc.) en soportes que no son físicos, mantener una relación estrictamente electrónica con la administración pública (la llamada «administración electrónica»), o, sencillamente (pero no por ello menos sorprendente), poder acceder en cualquier momento a todo tipo de información. Las nuevas tecnologías forman parte de la realidad del hombre contemporáneo.

neo y, sin duda alguna, este periodo de la Historia quedará irremediablemente marcado por tal circunstancia.

El vínculo necesariamente imbricado que existe entre el hombre y el Derecho (*Ubi societas ibi Ius*), y que termina uniendo a uno y otro en una sola realidad, explica que las nuevas tecnologías estén teniendo incidencia en el Derecho. Aún a riesgo de no profundizar en la cuestión con la extensión que merece, por no ser este el tema central del trabajo, conviene comenzar apuntando que la impronta que están teniendo las nuevas tecnologías para el Derecho excede de la mera aprobación de reformas legales puntuales y se está manifestando bajo tres signos distintos:

El primer signo es que las nuevas tecnologías están obligando a los juristas a revisar el impacto que estas pueden tener en las instituciones jurídicas e, indirectamente, también a «repensar» algunas de estas instituciones jurídicas. Un ejemplo de que esto es así puede verse en el derecho de visita que se reconoce a los progenitores en los casos de separación o divorcio, en el sentido de que existen ya resoluciones judiciales en las que se impone a los hijos la obligación de mantener contacto por *Whatsapp* con sus progenitores fuera del tiempo semanal que tienen asignado para sus encuentros personales<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Vid. el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Huelva, de 15 de Mayo de 2018 (2012/2017).

La aparición de este tipo de resoluciones judiciales no es propio o característico exclusivamente de España, sino que también están comenzando a aparecer en otros países de nuestro entorno, como, por ejemplo, en Italia. Véanse en tal sentido, la sentencia del Tribunal Ordinario de Nicosia de 22 de abril de 2008 (publicada en *Il Foro Italiano*, 2008, p. 803 ss.) o el decreto de 2 de abril de 2020 del Tribunal de Vasto (publicada en *Giurisprudenza Italiana*, Mayo, 2020, pp. 1092 ss., con comentario de Carlo Rimini), en el que se reconoce que el derecho del padre a mantener relación constante con su hija puede ejercitarse a través de instrumentos telemáticos que permitan conversaciones por medio de videollamadas, con una cadencia cotidiana. Sobre el caso italiano fallado por el Tribunal de Nicosia puede verse DELL' AVERSANA, 2012, pp. 230-231.

Las nuevas tecnologías nos obligarán a «repensar» instituciones jurídicas, por las consecuencias que tendrá su uso en las relaciones humanas, y esta labor de reconsideración será de tal profundidad que es altamente probable que el régimen jurídico de alguna o algunas instituciones jurídicas tenga que verse modificado. Un ejemplo de esto se puede encontrar en el caso español acaecido en Huelva, en el que el Auto judicial que obligaba a la menor a tener contacto con su padre por *Whatsapp* fue recurrido por la defensa de este. En el recurso se alegó que una medida de ese tipo puede terminar surtiendo efectos negativos en la relación personal que el padre mantenía con su hija, bien «jurídicos» (se temía que la imposición de los nuevos contactos diarios *on line* pudiera propiciar que la madre solicitara una modificación del régimen de custodia), bien de facto (porque, según se indica, con resoluciones de este tipo se envía el mensaje equivocado a los hijos de padres divorciados de que no es necesario ver personalmente a los padres con quienes no se convive –por ser sustituibles los contactos personales por contactos virtuales–, así como que no es necesario cumplir íntegramente lo establecido en las sentencias de separación y divorcio, singularmente lo relativo al régimen de visitas establecido en ellas, sino que con un *Whatsapp* a la semana es suficiente).

El segundo signo es la aparición de nuevos problemas jurídicos vinculados al uso de las nuevas tecnologías, como ha sucedido, por ejemplo, con las cuestiones que plantea el registro de la llamada «última voluntad digital»<sup>3</sup>.

Finalmente, el tercer signo tiene que ver con el nacimiento de conceptos jurídicos nuevos como, por ejemplo, «extimidad»<sup>4</sup>, con el que se pretende aludir al ámbito de la persona que esta desea sea público o que no le importa que sea conocido por los demás; «privacidad», entendido como un concepto diferente al de intimidad<sup>5</sup>; o «identidad digital». En este trabajo se aborda precisamente este tercer aspecto, el de la creación de nuevos conceptos jurídicos, prestando especial atención al concepto de «identidad digital».

En tal sentido, cada vez con mayor frecuencia es posible encontrar documentos oficiales de instituciones de diversa naturaleza (pública o privada) o artículos científicos que aluden a la «identidad digital», a pesar de que el uso de esta expresión todavía no se ha generalizado entre los juristas<sup>6</sup>. Siendo este un tiempo en el que la expresión «identidad digital» está comenzando a abrirse camino, no

<sup>3</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 7/2019, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019/7).

Sobre la emersión de nuevos problemas jurídicos puede verse también PERLINGIERI (2014, p. 15) cuando señala que «el desarrollo de la tecnología ha permitido la creación de peculiares entornos digitales, poniendo en conocimiento del jurista, y en particular del estudio del derecho civil, nuevos problemas de difícil solución» o cuando advierte que las redes sociales están originando una «crisi del diritto di fonte stual» (p. 16).

<sup>4</sup> Sobre el alcance del término «extimidad» Vid. OROZCO PARDO, 2010, pp. 381-402.

<sup>5</sup> Con respecto al concepto de «privacidad» ya se apuntaba en la antigua Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, que constituía un concepto distinto al de intimidad. En concreto, en el párrafo segundo de su Exposición de Motivos se indicaba que «El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que esta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona –el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo–, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo».

<sup>6</sup> Como ejemplo de documento originado en la administración pública en el que se alude a la identidad digital puede verse la «Guía para usuarios: identidad digital y reputación *on line*» del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) de Julio 2012 (disponible en el sitio web: [www.inteco.es](http://www.inteco.es)).

Entre los autores que ya de alguna manera han aludido o tratado la identidad digital pueden citarse los trabajos de ALPA (2021, pp. 723 ss.), CEDIEL SERRA (2019, pp. 172 ss.), FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012, pp. 125 ss.) LLOPIS BENLLOCH (2016), MENÉNDEZ (2017, pp. 24 ss.), MERCHÁN MURILLO (2019), OLIVA LEÓN (2016, pp. 67 ss.), ORDELÍN FONT, ORO BOFF, (2019), PIÑAR MAÑAS, (2018, pp. 95 ss.), REYES MÉNDEZ (2019), SCHIAVI (2019, pp. 153 ss.).

son pocos los interrogantes que se ciernen sobre ella. Cuestiones como la de su definición jurídica, su delimitación con respecto a figuras afines (singularmente, la identificación del individuo), su integración en el género del que trae causa (la identidad de la persona) y, *ad maiorem*, su relación con los derechos de la personalidad, adolecen de respuesta cierta. Estas dudas, y otras que se puedan plantear, son efecto lógico de la etapa primigenia o de incipiente gestación en la que se encuentra el concepto en la actualidad y que, a tenor del uso cada vez más habitual que se hace del mismo por la sociedad, parece que ha venido para quedarse.

No obstante lo anterior, en orden a esa relación directa que guarda la identidad digital con la identidad de la persona, previamente a abordar algunas de las cuestiones que se estiman más interesantes de la identidad digital procede ofrecer algunas consideraciones sobre el género del que trae causa (como decimos, la identidad de la persona), sobre la relación que debe establecerse entre ambos, así como la distinción de uno y otro con la identificación de la persona.

## II. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

### 1. ORIGEN

Si se atiende a su tenor literal, el término «identidad» se viene aplicando con dos sentidos diferentes, aunque compatibles o complementarios entre sí, por estar relacionados ambos, de un modo u otro, con la singularidad del individuo. Mientras que en unas ocasiones la expresión «identidad de la persona» alude a los signos o rasgos propios que, siéndole inherentes, caracterizan y singularizan a cada persona frente a los demás; en otras ocasiones se utiliza para designar la conciencia (o percepción) que cada persona tiene de sí misma en atención a cualidades, caracteres, sentimientos y modos de comportarse que le son propios<sup>7</sup>. La identidad es inhe-

<sup>7</sup> Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, 2017, p. 663. Esta misma autora (2018, p. 34) afirma que la identidad comprende el conjunto de rasgos propios esenciales del ser, los que caracterizan e individualizan a cada individuo frente a los demás, que son, a la vez, los que marcan y revelan la diferencia. Añade que «la persona desde que nace hasta el momento en que muere busca afirmar su identidad, en un ejercicio de autodeterminación. Esto es, de una parte, pretende fijar y asumir todo lo que conforma su esencia, su individualidad única e irrepetible, que es la consciencia de sí, lo que se llama la «auto descripción plena»; y además, busca el reconocimiento de su identidad por los demás tal cual es, como miembro del grupo social, es decir como individuo integrado en este por sí y sin reproche alguno porque su ser único coincide con los valores que aquel admite». De un modo más sintético,

rente a la persona y, en este sentido, se reconoce identidad tanto a las personas físicas como a las jurídicas<sup>8</sup>.

De la identidad dice Zatti que, hasta ahora, cuando se alude a ella, raramente se aclara qué cosa se entiende por tal. Añade este autor que justifican la dificultad de su concreción las múltiples y complejas «aristas» que encierra el concepto como, por ejemplo, la conexión con cuestiones éticas o morales que presentan algunas de sus especies (como la identidad biológica), los problemas jurídicos que plantea para un buen número de ordenamientos jurídicos el reconocimiento de otras de sus especies (como, por ejemplo, la identidad sexual) o, sencillamente, que en periodos históricos haya servido para encubrir actos de discriminación contra las personas (como ocurrió en la Segunda Guerra Mundial con los judíos)<sup>9</sup>. No debe extrañar por ello que Rodotà concluya uno de sus escritos señalando que «profundísimo ha devenido el pozo de la identidad, siendo muchos los juristas que evitan inclinarse sobre él»<sup>10</sup>.

Detectada o reconocida la identidad como un valor intrínseco al ser humano, y advertida la necesidad de su protección jurídica, ha sido preciso esperar hasta la segunda mitad del siglo veinte para que

---

para PIÑAR MAÑAS (2018, p. 96), la identidad se configura como el derecho a ser uno mismo y diferente de los demás.

En una línea muy parecida, afirma ALPA (2021, p. 12) que la «identidad significa por un lado la unicidad de un ser humano que, visto desde fuera, es un ser irrepetible diferente a los demás, y por otro lado la ipseidad, que es la forma en que la persona se percibe a sí misma y quiere aparecer. Identidad significa también identidad de trato, en cuanto quiere predicar la igualdad entre los seres humanos». Muy expresiva resulta igualmente la sentencia de la Corte de Cassazione de Italia de 13 de julio de 1971, núm. 2272 (publicada en *Il Foro Italiano*, 1972, Vol. 95, p. 440), cuando se refiere al derecho a la identidad como «el derecho de cada individuo a ser reconocido en su peculiar realidad de atributos, cualidades, caracteres, acciones que los distinguen respecto de los otros individuos».

<sup>8</sup> Sobre el reconocimiento de identidad a las personas jurídicas puede verse BOCCHINI y QUADRI (2014, p. 302, nota al pie núm. 86) o FIGONE (1985, p. 535) y, referido en concreto a la identidad digital, FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012, p. 127).

Sin duda alguna, facilita que esto sea así el hecho de que desde hace tiempo se reconozca la posibilidad a las personas jurídicas de ser titulares de aquellos derechos de la personalidad que sean compatibles con su naturaleza. Véase en este sentido la STC de 26 de septiembre de 1995 (RTC 1995/139, Jiménez de Parga), en la que se reconoce derecho al honor a una persona jurídica, así como el comentario que realiza a la misma RODRÍGUEZ GUTIÁN (1996, pp. 801-817).

<sup>9</sup> El reconocimiento de la identidad, que se concibe como el derecho a ser uno mismo y a ser visto o representado como tal, conlleva la ventaja evidente de permitir que cualquiera pueda desarrollarse y vivir como sienta que debe hacerlo, pero, como señala ZATTI (2007, p. 2), también el inconveniente de que muchos de los actos de discriminación humana que se llevan a cabo generalmente se fundan en aspectos de la identidad, como el género, el color de la piel, el origen de la persona, etc. Para este autor, entre las sombras de la identidad se sitúa igualmente que en ocasiones se presente como un valor, cuando en realidad oculta una función de separación o conflicto. Esto ocurre, por ejemplo, según él, cada vez que se apela a la identidad cultural o religiosa en términos no explícitamente agresivos ni discriminatorios y aparentemente en la línea de valorar la diversidad de la identidad y, en realidad, lo que se está haciendo con ello es una llamada a la *no contaminación* con lo que es distinto.

<sup>10</sup> RODOTÀ, 2007, p. 21.

el ordenamiento jurídico italiano, que ha sido el primero en hacerlo, reconozca como tal el llamado «derecho a la identidad»<sup>11</sup>. La identidad es, por lo tanto, un derecho relativamente moderno<sup>12</sup>. Si en el Derecho italiano los trabajos jurídicos sobre la identidad comienzan a aparecer en la segunda mitad del siglo veinte<sup>13</sup>, en el caso del Derecho español no ha sido hasta el inicio del siglo veintiuno, siendo todavía una figura poco estudiada<sup>14</sup>.

El reconocimiento expreso del derecho a la identidad consiste en la declaración formal de su existencia nominal y autónoma como derecho diferenciado de los demás. Aunque el derecho a la identidad fuera desconocido como tal para el Derecho hasta la segunda mitad del siglo veinte, ello no ha impedido que desde hace tiempo los distintos ordenamientos jurídicos hayan venido ofreciendo protección jurídica a ciertos signos o rasgos de la persona que hoy conforman el objeto de este derecho por medio de otras instituciones jurídicas o derechos existentes como, por ejemplo, el derecho al nombre o el derecho a la integridad física<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Para ZENO-ZENCOVICH (1993, p. 5) la identidad personal constituye un ejemplo de feliz matrimonio entre la investigación científica y la aplicación jurisprudencial, en el sentido de que la una ha ofrecido a la otra apuntes de atenta reflexión y de coherente sistematización.

<sup>12</sup> Sin perjuicio de que ya en 1949 DE CUPIS publicara su obra *Il diritto all'identità personale*, la doctrina italiana hace coincidir la intensificación del debate sobre la admisibilidad del derecho a la identidad con la realización de dos congresos sobre esta materia que se llevaron a cabo en la década de 1980, así como a resultados de la proliferación de distintas sentencias dictadas por los jueces en esa década (sin perjuicio de la existencia de alguna sentencia aislada en las dos décadas anteriores). El primero de los congresos llevó por título «El derecho a la identidad personal» y se celebró en Génova en marzo de 1980. Este congreso fue promovido por el Centro de iniciativa jurídica Piero Calamandrei y el Centro de Estudios y Documentación Jurídica y sus actas finales se publicaron bajo el título *Il diritto alla identità personale*, 1981. El segundo congreso llevó por título «Información y derechos personales – ¿Qué protección?». Este congreso se celebró en Roma los días 4 y 5 de octubre de 1980 y de él se da noticia en *Responsabilità civile e previdenza, Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, 1980, pp. 614 ss.

<sup>13</sup> Véanse, entre otros, los trabajos de AA. VV. (1981), ALAGNA (1983, pp. 157-170), ALPA (1981, pp. 15 y ss.), D'ANGELO (*GI*, 1975, pp. 514 ss.), DOGLIOTTI (*GI*, 1981, p. 150 ss.), FIGONE (*G. C.*, 1985, pp. 534 ss.; 1985, pp. 965 ss. y *RCEP.*, 1980, pp. 763-771), GIACOBBE (1985, pp. 810 y ss.), PARDOLESI (*FI*, 1980, I, pp. 2046 ss.) TOMMASINI (1981, pp. 78-91) y ZENO-ZENCOVICH (1993, pp. 3-21).

<sup>14</sup> *Vid.* BALLESTEROS (*ADH*, 2001, pp. 137 ss.), BENAVENTE MOREDA (*AFDUAM*, 2013, pp. 105 ss.), CELADOR ARAGÓN (2012, pp. 591 ss.) DE LORENZI (*R. E. D. S.*, 2016, pp. 101 ss.), FERNÁNDEZ SESSAREGO (*THEMIS*, 1997, pp. 245 ss.), GETE-ALONSO Y CALERA (2018 y 2017), GUILARTE MARTÍN-CALERO (*LDF*, 2016), LAPORTA (*AFDUAM*, 2013, pp. 17 ss.), LÓPEZ CASTILLO (*AFDUAM*, 2013, pp. 309 ss.), MENÉNDEZ (*EP*, 2017, pp. 24 ss.), TORTAJADA CHARDÍ (*AJI*, 2018, pp. 472 ss.) y VILACARO BARRACHINA (*CB*, 1995, pp. 407 ss.).

<sup>15</sup> Como decimos, la referencia constante en los últimos tiempos a la «identidad» en los medios de comunicación y en la sociedad en general no guarda correspondencia con el exiguo o insuficiente tratamiento que ha recibido por parte del legislador y de la doctrina. En este sentido, apunta ZENO-ZENCOVICH (1993, p. 3) que la aparición y el desarrollo de la noción de identidad personal está estrechamente relacionado con dos fenómenos socio-jurídicos relevantes, como son la diferente sensibilidad que existe con respecto a la protec-

Superada la fase inicial de desconocimiento generalizado de la figura, el derecho a la identidad está comenzando a cobrar paulatinamente mayor presencia en textos normativos internacionales de diferente naturaleza y valor jurídico y, en consecuencia, a consagrarse lentamente su reconocimiento. Así, existen ya textos jurídicos internacionales que contemplan este derecho como, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se impone la obligación a los Estados Parte del Convenio de respetar el derecho del niño a preservar su identidad (art. 8), o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), en el que se reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) vincula directamente con el derecho a la identidad en el fundamento de algunas de sus sentencias, como caso *Mennesson vs. France* (núm. 65192/11) y caso *Labasseé vs. France* (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014<sup>16</sup>. El derecho a la identidad también se reconoce en las Constituciones de Portugal (art. 33.1, dedicado a regular el derecho a la identidad, la buena fama y la intimidad), Argentina (art. 75.17, en el que se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos) y Perú (arts. 2.1, 2.19, 15, 89), o en la Ley 1098 de 2006, de 8 de noviembre, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia (art. 25).

En lo relativo a la jurisprudencia, y aparte de las mencionadas sentencias del TEDH caso *Mennesson vs. France* (núm. 65192/11) y caso *Labasseé vs. France* (núm. 65941/11), la Corte Constitucional italiana ha afirmado en la sentencia núm. 13 de 3 de febrero de 1994 que el derecho a la identidad está comprendido en el artículo 2 de la Constitución italiana (en el que se reconocen y garantizan los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad)<sup>17</sup>.

En España, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC), alude al derecho a la identidad de la persona (arts. 4, 5, 11, 15, 29, etc.). No obstante, como se verá más adelante, con el

---

ción jurídica de los diversos aspectos de la personalidad después de la segunda guerra mundial y la progresiva difusión de los medios de comunicación. Añade este autor que la creciente relevancia de los medios de comunicación ha obligado a los ordenamientos jurídicos a proveer de instrumentos de tutela a la personalidad a consecuencia de la exposición al público de esta, siendo los dos instrumentos elegidos el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad personal.

A diferencia de la escasa atención que ha suscitado el término para la doctrina jurídica, señala LAPORTA (*AFDUAM*, 2013, p. 18) que la identidad es un concepto que ha alcanzado en los últimos tiempos una delirante e indiscriminada expansión en las ciencias sociales y que se usa en el lenguaje común casi como sinónimo de cualquier atributo personal o social.

<sup>16</sup> En ambas sentencias, como se apunta, se mantiene que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada.

<sup>17</sup> *Vid. Il Foro Italiano*, 1994, vol. 117, pp. 1668-1671.

empleo confuso que realiza el legislador del término «identidad» en esta ley, antes que a la identidad propiamente dicha, a lo que verdaderamente está aludiendo es a la identificación de la persona, que es un concepto diferente<sup>18</sup>. De la mención que se realiza en la LRC cabe extraer dos conclusiones. La primera es, que el término «identidad» exigirá precisión en su uso, lo que resulta especialmente necesario en las primeras normas que aludan a él y lo desarrollen, hasta que se vaya «asentando» en nuestro ordenamiento jurídico<sup>19</sup>. La segunda conclusión es que se aprecia ya el surgimiento de normas en nuestro ordenamiento jurídico que aluden al derecho a la identidad de la persona, lo que sin duda exigirá un análisis jurídico de la institución.

Aparte de en la LRC, el derecho a la identidad también ha comenzado a mencionarse en otro tipo de documentos de distinta naturaleza como, por ejemplo, la Carta de Derechos Digitales promovida por el Gobierno con el fin de desarrollar la protección de los derechos de los ciudadanos en entornos digitales<sup>20</sup>. La Carta de Derechos Digitales tiene por finalidad principal desarrollar la protección más idónea de los derechos de los ciudadanos en entornos digitales, especialmente después de tener en cuenta el impacto de nuevas tecnologías como la Inteligencia Artificial. En ella se reconoce como primero de sus derechos el derecho a la identidad en el entorno digital<sup>21</sup>. Llama la atención en este sentido que, no estando reconocido formalmente el derecho a la identidad como un derecho

---

<sup>18</sup> Apunta GETE-ALONSO Y CALERA (2018, p. 39) que, antes que esta LRC, el Reglamento del Registro Civil de 1958 también mencionaba a la identidad en su artículo 12 (aunque la LRC de 1957 ha guardado silencio sobre este extremo), si bien en este caso no como derecho, pues por el tiempo en el que se promulgó esta norma ni tan siquiera se había planteado la cuestión, sino, tal y como se regulaba, como algo adicional y secundario.

Sobre la distinción entre identidad e identificación, véase lo que se indica más adelante en el epígrafe «Identidad e identificación de la persona».

<sup>19</sup> La falta de definición e indeterminación que existe sobre la identidad en estos momentos, acompañado de la proximidad que esta muestra con otros conceptos del Derecho con los que guarda estrecha relación (como identificación, honor, integridad, etc.), obliga a que esto sea así.

<sup>20</sup> Puede conocerse el contenido de la Carta en 140721-Carta\_Derechos\_Digitales\_RedEs.pdf (lamoncloa.gob.es) (última visita, 10 de septiembre de 2021).

Esta Carta carece de carácter normativo, siendo su objetivo principal reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que plantea la adaptación de los derechos al entorno digital, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto. De igual manera, esta Carta persigue proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos de forma que, siendo compartida por todos, permita navegar en el entorno digital en que nos encontramos aprovechando y desarrollando todas sus potencialidades y oportunidades y conjurando sus riesgos.

<sup>21</sup> En la actualidad, el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD; BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018), dedicado a garantizar los derechos digitales de la ciudadanía, proclama derechos tan importantes como los relacionados con la protección de datos, el ámbito laboral, la protección de los menores o con los medios de comunicación y las redes sociales. Con el fin de completar y desarrollar este marco normativo, el Gobierno ha elaborado esta Carta, dedicada únicamente a los derechos digitales, para incluir algunos todavía no recogidos en el citado Título X. Es el caso de los relacionados con la pro-

autónomo en nuestro ordenamiento jurídico, el primero de los derechos que se reconozca en la Carta sea precisamente este.

Mientras que el TEDH fundamenta jurídicamente el derecho a la identidad en el derecho a la vida privada y familiar que se proclama en el artículo 8 del Convenio de protección de Derechos y Libertades Fundamentales de 1999<sup>22</sup>, la doctrina española que lo ha estudiado se inclina por hacerlo en la dignidad de la persona y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad que se consagran en el artículo 10 CE, siguiendo de este modo el criterio mantenido por los autores de derecho comparado<sup>23</sup>. En atención a la visión que sobre la dignidad de la persona muestra el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril, donde se dice que «la dignidad es un valor jurídico fundamental... reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de derechos que le son inherentes», la identidad debe configurarse como uno de los derechos inherentes al núcleo de la dignidad. La dignidad personal, continúa aclarando la sentencia, debe entenderse como un «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la

tección de colectivos vulnerables, las nuevas relaciones laborales o el impacto de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial.

<sup>22</sup> Así hace en las mencionadas sentencias caso *Menesson vs. France* (núm. 65192/11) y caso *Labassee vs. France* (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014, en las que se resuelven dos casos de maternidad subrogada. Otras sentencias significativas del TEDH sobre maternidad subrogada han sido caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, de 27 enero 2015; y casos *Foulon vs. France* (núm. 9063/14) y *Bouvet vs. France* (núm. 10410/14), de 21 de julio de 2016.

<sup>23</sup> *Vid.* BENAVENTE MOREDA (2013, p. 107) o GETE-ALONSO Y CALERA (2017, p. 662).

Con respecto al derecho comparado pueden verse: EGUIGUREN PRAELI (*RIEV*, 2015, p. 301), FERNÁNDEZ SESSAREGO (1997, p. 245) o TORTAJADA CHARDÍ (2018, p. 474). A este respecto, apunta FINOCCHIARO (2010, p. 723) que «no puede existir tutela de la identidad personal sin tutela de la dignidad».

La jurisprudencia italiana, sin duda alguna la que más lejos ha llegado hasta el momento en el desarrollo del derecho a la identidad (hasta el punto de que ZENO-ZENCOVICH, 1993, p. 13, habla de «sedimentación jurisprudencial»), lo fundamenta en el artículo 2 de la Constitución Italiana, en el que, a modo de cláusula abierta, se consagra la protección de todos los derechos inviolables del hombre por medio de los cuales desarrolla su personalidad (*Vid.* en este sentido la sentencia de la Corte de Casación de 22 de junio de 1985, n. 3769 –publicada en *Il Foro Italiano*, Vol. 108, Núm. 9, septiembre 1985, pp. 2211-2218–; las *ordinanza* –son dos– del Pretor de Roma de 2 de mayo de 1980 –publicadas en *Il Foro Italiano*, Vol. 103, Parte Prima: Giurisprudenza Costituzionale e Civile, 1980, pp. 2045 ss.–; la sentencia del Tribunal de Milán de 19 de junio de 1980 –publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1981, 2, pp. 373 ss.– o la *ordinanza* del Pretor de Varese de 22 de enero de 1986 –publicada en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, pp. 553 ss.–). Señala PONZANELLI (*GI*, 1981, p. 379) en el comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 19 de junio de 1980 que, concebido el artículo 2 de la Constitución Italiana como una regla abierta o cláusula general, el derecho a la identidad personal se incluye entre los derechos individuales garantizados y protegidos no solo en el contexto de las relaciones que mantenga el individuo con el Estado, sino también en las relaciones que mantengan los individuos entre sí y con su comunidad y en las que se manifieste su personalidad. La doctrina italiana sigue esta misma línea de fundamentación como puede verse en BOCCHINI y QUADRI (2014, p. 302) o DOGLIOTTI (*GI*, 1981, p. 150).

pretensión al respeto por parte de los demás». Estas palabras que, como puede verse, están referidas a la dignidad, podrían reproducirse igualmente para la identidad.

## 2. EVOLUCIÓN

La identidad se caracteriza por ser un concepto que ha ido evolucionando con el paso del tiempo<sup>24</sup>. Como afirma Alpa, hasta mediados de 1900 la única identidad que se reconocía era la «física», por estar circunscrita a referencias precisas de la persona, tendencialmente inmodificables y burocráticamente registrables<sup>25</sup>.

No hubo de pasar mucho tiempo para que junto a la identidad física comenzara a reconocerse también la llamada identidad «ideal», que engloba también dentro de la identidad de la persona los signos que, sin estar relacionados con rasgos físicos de la persona, debían considerarse igualmente conformadores de la identidad del sujeto. Estos otros signos distintos de los físicos eran, por ejemplo, la ideología, las creencias, las opiniones, los pensamientos, etc. En suma, todos aquellos que, por incardinarse en la esfera espiritual o moral de la persona, conformaban lo que podría denominarse su «patrimonio intelectual»<sup>26</sup>. La persona es titular de un patrimonio de ideas que debe ser tutelado frente a cualquier representación diferente que pueda distorsionar su identidad.

<sup>24</sup> Vid. ZATTI (ob. cit. p. 2), quien añade que es evidente que el término se usa con significados diferentes, por corresponderse con diversas «dimensiones» de la identidad (biológica, personal, antropológica, cultural). En este mismo sentido, véase también TOMMASINI, 1981, pp. 88-89.

<sup>25</sup> Vid. ALPA, 2017, p. 723. Esas referencias eran el nombre, la ciudadanía, el sexo, la altura, el color de los ojos y del pelo, los eventuales signos particulares, el lugar de nacimiento, el nombre de los padres, el estado familiar, la profesión, la residencia.

<sup>26</sup> Señala ALPA (2015, p. 175) que la expresión «identidad personal» admite dos acepciones: una, referida a la identificación de la persona y otra referida a la identidad ideal, esto es, el patrimonio de creencias, valores, opiniones, gustos, inclinaciones. Es, según él, a esta segunda a la que, técnicamente hablando, se refiere la expresión «identidad personal».

Vid. también BOCCHINI Y QUADRI (2014, p. 302), para quienes, con el reconocimiento del derecho a la identidad personal se ha querido, según la definición actual de la jurisprudencia y aceptada por la doctrina, asegurar la tutela de la protección social de las personalidad del individuo: su interés a ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, sin que aparezca modificado, nublado o alterado el propio patrimonio intelectual, ideológico, ético y profesional de la persona como ya se expresó en el entorno social.

FERNÁNDEZ SESSAREGO (1997, p. 245) distingue entre lo que él denomina «identidad estática» e «identidad dinámica», componiendo entre ambos la unidad inescindible de la identidad de la persona. La identidad estática la constituyen la clave genética, las huellas digitales, el nombre, la fecha y el lugar del nacimiento, la filiación, o los caracteres somáticos en general, entre otros datos. El elemento dinámico de la identidad está compuesto por las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre, entre otros elementos. Citando a FERNÁNDEZ SESSAREGO, GETE-ALONSO (2017, p. 663) y EGUIGUREN PRAELI (2015, p. 299) también mencionan la «identidad estática» y la «identidad dinámica».

El reconocimiento de esta segunda manifestación de la identidad vino motivado principalmente por la mayor necesidad de dotar de protección a la persona en una sociedad en la que los medios de comunicación iban teniendo cada vez mayor presencia y en la que cada vez iba siendo más fácil falsear o adulterar la identidad de los sujetos a los ojos del público (p. ej., vinculando a la persona palabras, opiniones o ideas que nunca había manifestado)<sup>27</sup>.

En lo que respecta a la identidad «ideal» es común entre los autores italianos referirse a ella con la expresión identidad «personal», utilizando ambas expresiones como sinónimas, lo que también han seguido de momento los tribunales de ese país<sup>28</sup>. Que los tribunales italianos utilicen la expresión «identidad personal» para referirse a aspectos o referencias de la identidad ideal no ha de resultar extraño, si se tiene en cuenta que la mayoría de los casos referidos a la identidad que se enjuician consisten en distorsiones de la identidad de la persona provocadas por lo que de ellas se ha dicho en medios de comunicación y, por lo tanto, referidos a ámbitos de la esfera «ideal» de la identidad<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Vid. RAFFIOTTA, *FQC*, 2010, p. 3. En este mismo sentido, si para ROPPO (*RCDP*, 1883, pp. 75 ss.) el derecho a la identidad personal es un derecho que nace en la época de las comunicaciones en masa y es un derecho hijo de la comunicación, en opinión de FIGONE (1985, p. 535) «el término derecho a la identidad personal significa el derecho del individuo (o grupo) a que se respete su “imagen”, *latu sensu* entendida, cada vez que esta se divulgue a través de los medios de comunicación. Es el derecho a obtener una representación fiel y completa de los hechos y acontecimientos que caracterizan y distinguen la individualidad de cada persona». De este mismo autor puede verse igualmente (RCEP, 1980, p. 763).

<sup>28</sup> Como se recoge en la sentencia de la Corte Constitucional Italiana de 22 de junio de 1985, núm. 3769 (publicada en *Il Foro Italiano*, 1985, Núm. 9, p. 2214), el derecho a la identidad tutela «el interés a ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, así como esta es conocida en la realidad social, general o particular, o podría ser reconocida a partir de la aplicación de criterios que son fruto de la normal diligencia o de la buena fe», es decir, el derecho «a no ver alterado, tergiversado, ofuscado o contestado el propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., que se expresó». Por su parte, en la sentencia de la Corte Constitucional Italiana de 3 de febrero de 1994, núm. 13, (publicada en *Il Foro Italiano*, 1994, I, pp. 1668 ss.), la identidad personal alude al derecho a ser uno mismo, entendido como respeto a la imagen de un participante en la vida asociada, con las adquisiciones, las ideas y las experiencias, con las convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que diferencian y al mismo tiempo califican al individuo. La sentencia de la Corte Suprema de casación de Italia, de 13 de julio de 1971, n. 2242 (publicada en *Il Foro Italiano*, 1972, I, 432), define el derecho a la identidad personal como «el derecho de cada individuo a ser reconocido en la vida con la peculiaridad de sus atributos, cualidades, caracteres, acciones que lo distinguen respecto a cualquier otro individuo», mientras que para la *ordinanza* del pretor de Roma, de 6 de mayo de 1974 (publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, 2, pág. 514), con este derecho se reconoce el interés «a no verse desconocida la paternidad/autoría de las propias acciones, en el sentido más amplio, y, sobre todo, a no atribuirse la autoría de acciones ajenas, a no verse distorsionar la propia personalidad individual de uno mismo». En sentido parecido, puede verse también la sentencia del pretor de Turín, de 30 de mayo de 1979 (publicada en *Giustizia Civile*, 1980, I, 965).

<sup>29</sup> Afirma en este sentido ALPA (2015, p. 177) que «el objetivo es unívocamente el de salvaguardar intacto el perfil ideal de la persona a través de las representaciones que pue-

Esta utilización relativamente frecuente de las expresiones identidad ideal e identidad personal como sinónimas por parte de la doctrina y los tribunales italianos merece dos consideraciones:

La primera consideración es que utilizar la expresión identidad personal para referirse a signos o rasgos propios de la identidad ideal no debe entenderse de inicio incorrecto, ya que los signos o rasgos que conforman la identidad ideal (los pensamientos, las ideas, las opiniones, las creencias, etc.) son tan personales como pueden serlo los físicos. Podría decirse, a lo sumo, que la utilización de las dos expresiones como sinónimas adolece de imprecisión, porque siendo cierto que los signos, rasgos o referencias, de la identidad ideal forman tanta parte de la persona como pueden hacerlo los físicos, sin embargo, también es cierto que no son los únicos. Por esta razón, y a fin de evitar esos posibles equívocos, la expresión identidad personal debiera reservarse para utilizarla como sinónima directamente del género identidad (y no de ninguna de sus especies), dando cabida dentro de ella a todas las referencias, signos o rasgos que conforman la identidad de la persona<sup>30</sup>.

La segunda consideración es que si esa sinonimia también pretendieran utilizarla los juristas españoles podría alegarse en contra de ello que el término «ideal» carece de historia en nuestro Derecho y que, por lo tanto, sería preferible el uso de alguna otra expresión o término jurídico que gozara de mayor asentamiento en nuestra historia jurídica. Así, otras expresiones que podrían venir a sustituir a lo que la doctrina italiana denomina «identidad ideal» podrían ser las de «identidad intelectual» o «identidad espiritual o moral». El término «intelectual», antes que extraño en nuestro ordenamiento jurídico, goza ya de una historia consolidada y en algunos ámbitos, como el del Derecho de autor, se utiliza para aludir a una serie de valores (pensamientos, ideas, opiniones, etc.) que coinciden con los que aquí se pretenden tutelar. La expresión «identidad espiritual o moral», por su parte, podría ser válida en consideración a la contraposición clásica que se realiza en sede de clasificación de los derechos de la personalidad, y que diferencia entre derechos de la personalidad relativos a la esfera corporal o

---

dan proponer los medios de comunicación, agencias de información, formadores de opinión y otros sujetos que difunden noticias».

<sup>30</sup> Y ello siendo conscientes de que hablar de identidad «personal» constituye, a día de hoy, una redundancia, desde el momento que, tal y como hasta ahora es concebida, la identidad es algo solo predicable de las personas. Adviértase en este sentido que, con independencia de la definición de identidad de la que se parta («conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás», «conciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás»), la identidad siempre estará referida a la persona física o jurídica.

física de la persona y derechos de la personalidad relativos a la esfera espiritual o moral.

Reconocidas la identidad física y la identidad «ideal», con el paso del tiempo se han ido reconociendo otras clases o especies dentro del género identidad, como la «sexual» o la «biológica»<sup>31</sup>. La identidad sexual, cuyo estudio excede del cometido de este trabajo, desempeña un papel determinante tanto en aquellos supuestos en los que una persona desea modificar su sexo, como en los que la transformación sexual alcanza exclusivamente al ámbito psíquico. La identidad biológica, cuyo estudio tampoco es objeto de este trabajo, está cobrando valor en temas como el del conocimiento de la madre en los supuestos de parto anónimo<sup>32</sup> o de hijo adoptivo<sup>33</sup>. Advuértase igualmente que para el TEDH, como se aprecia en las sentencias ya referidas del caso *Menesson vs. France* (núm. 65192/11) y caso *Labasseé vs. France* (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014, el conocimiento del origen biológico desempeña un papel fundamental en la construcción de la identidad de la persona<sup>34</sup>.

De todo lo anterior cabe deducir que el derecho a la identidad se caracteriza, por una parte, por estar conformado por distintos signos, rasgos, referencias, aspectos o dimensiones de la persona (físico, intelectual, sexual, biológico, etc.)<sup>35</sup> y, por otra parte, por ser un

<sup>31</sup> Que estas y las anteriormente mencionadas sean las clases o especies de identidad reconocidas hasta el momento no significa, ni que el tema quede cerrado, ni que no puedan ir surgiendo nuevas especies de identidad, sino todo lo contrario. Con el paso del tiempo surgirán nuevos aspectos de la identidad que promoverán el reconocimiento de nuevas especies dentro del género de la identidad. Es por ello que cobran sentido las palabras de ALPA (2017, p. 724) cuando dice que con el desarrollo de la Ciencia el problema de la identidad se repetirá en campos como el de la clonación humana, o el de la inteligencia artificial y la robótica.

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte de Casación Italiana de 21 de julio de 2016, núm. 15024.

<sup>33</sup> Sentencia de la Corte de Casación Italiana de 9 de noviembre de 2016, núm. 22838.

<sup>34</sup> El TEDH, en el apartado 96 de la sentencia, califica la relación jurídica paterno-filial (y, por lo tanto, el conocimiento de la misma) como «aspecto esencial» de la identidad de la persona, añadiendo que «el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación jurídica paterno-filial». Véase también GUILARTE (2016, p. 4) quien afirma que en esta sentencia no se está ante una cuestión de filiación, sino en presencia de un aspecto integrante de la identidad personal que el tribunal incluye en el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH.

<sup>35</sup> Para ALPA (2021, p. 15) «la identidad personal puede entonces describirse metafóricamente como una cornucopia en la que se protege la dignidad, las creencias religiosas, las opiniones políticas y sindicales, la etnia, el sexo y la orientación sexual, el idioma, la discapacidad, los orígenes genéticos».

Como puede comprobarse, el elenco de especies dentro del género de la identidad parece que no está cerrado, siendo muy posible que con el paso del tiempo aparezcan otras nuevas. En tal sentido, algún autor, como PARDOLESI (*FI*, 1980, p. 2046), ha hablado también de identidad *política*, que sería una parte de la identidad personal pero gozando de autonomía propia dentro de esta. En la actualidad, sin embargo, esta variante de la identidad no ha llegado a consolidarse, ni entre la doctrina, ni entre la jurisprudencia italianas, aunque exista alguna sentencia de este país en la que también se recoge el uso de la expresión, como puede comprobarse en la *ordinanza* del pretor de Roma de 11 de mayo de 1981 (publicada en *Il Foro Italiano*, 1981, I, p. 1737).

derecho dinámico que cambia conforme varían las circunstancias de la persona (ideología, creencias, opiniones, relación con los lugares, etc.)<sup>36</sup>. En consideración a esto último, y como cabe deducir del artículo 2, letra b, de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano<sup>37</sup>, la dignidad humana impone que los individuos no puedan ser reducidos a aspectos o dimensiones concretas de su identidad (como sus características genéticas), debiendo respetarse el carácter único de cada uno y su diversidad. Con una sugerencia como esta, basada en proponer una visión global o de conjunto de todos los signos que componen la identidad de la persona, se busca evitar cualquier clase de reduccionismo de la persona, algo que, como se verá más adelante al tratar la identidad digital, guarda relación con que el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD), prohíba las decisiones individuales automatizadas<sup>38</sup>. En suma, la identidad convierte a cada persona en única e irrepetible<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Según GETE-ALONSO (2018, p. 34), la identidad es inherente a la persona de manera indeleble, aunque no inmutable, ya que puede modelarse a lo largo de la vida. La identidad es cambiante y, en este mismo sentido, ALPA habla de concepto «líquido» (2017, p. 725), sirviéndose del ejemplo de un espejo roto y las múltiples visiones que ofrece del objeto que se ponga delante de él. En concreto, para este autor, la persona debe verse como el reflejo de mil representaciones diferentes, a semejanza de como sucede cuando se coloca frente a un espejo fragmentado, en el cual cada fragmento refleja una parte, un aspecto, un segmento del objeto colocado delante de él. Este autor caracteriza el derecho a la identidad como un derecho conexo con una realidad fluctuante, dinámica, fluida. Para RODOTÀ (2007, p. 27), el ordenamiento jurídico es consciente del variar de la identidad, al menos en sus datos exteriores, cuando prevé un límite de validez temporal en el Documento Nacional de Identidad y requiere que la fotografía que se utilice sea reciente.

<sup>37</sup> Proclamada por la Conferencia General de las Naciones Unidas en su Sesión núm. 29 y adoptada por la Asamblea General en su Resolución 53/152, de 9 de diciembre de 1998.

<sup>38</sup> Según este artículo, «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Lo anterior no será de aplicación si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado. En los casos a que se refieren las letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

<sup>39</sup> Apunta ZATTI (2007, p. 1) que amamos y cultivamos la idea de la unicidad de la persona como soporte y sentido de la existencia, entendido precisamente como una búsqueda de la «individuación» de uno mismo, de un «destino personal». Nos preocupamos por la integridad de lo que somos nosotros y solo nosotros, y lo que sentimos o queremos sentir.

### 3. LA CUESTIÓN ABIERTA DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Llegados a este punto, puede surgir la pregunta de si en un ordenamiento jurídico como el nuestro tiene sentido el reconocimiento de un derecho como este, especialmente cuando en él ya se reconocen el derecho al honor, al nombre, a la integridad física, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, etc., por medio de los cuales se podría obtener la tutela de un buen número de los contenidos de la identidad. No puede ocultarse que negar de inicio la necesidad de tipificación de este derecho se presenta como una opción lógica, justamente por lo que se apunta. Es más, resulta en cierto modo sugerente, pues ello traería como consecuencia que se evitarían problemas jurídicos complejos de tratar.

No obstante lo anterior, existen tres razones que pueden terminar justificando el reconocimiento formal y expreso del derecho a la identidad:

La primera razón consiste en que los derechos ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico que pueden verse directamente afectados por compartir contenido con el derecho a la identidad cumplen una finalidad distinta de la que debe reconocerse al derecho a la identidad. Así, mientras que cada uno de esos derechos tienen por finalidad que la persona pueda desarrollar un aspecto muy concreto de la personalidad (circunscribiéndose cada uno al suyo: el derecho al honor, a la reputación; el derecho al nombre, al nombre; la libertad religiosa, a las creencias; etc.), en el caso del derecho a la identidad su finalidad consiste en garantizar que cada persona pueda desarrollar su vida (entendida en su globalidad) conforme a la percepción que ella tiene de sí misma y en atención a las cualidades, caracteres, sentimientos o rasgos que le son propios, así como garantizar *erga omnes* la correcta representación de la verdadera identidad de cada persona.

La segunda razón, más concreta y que deriva directamente de la anterior, parte del distinto objeto que resulta protegido en uno y otro caso. Si cada derecho en particular protege de manera concreta y específica un aspecto concreto de la persona, el derecho a la identidad protege el conjunto de todos los signos o rasgos de la persona que, como tal, en su conjunto, no resulta protegido por ninguno de los derechos en concreto y, además, su protección alcanza ámbitos no protegidos por esos derechos<sup>40</sup>. Piénsese a este respecto que la

---

<sup>40</sup> ALPA (2021, p. 227) señala en este mismo sentido que «la expresión “derecho a la identidad personal” connota un derecho específico, cuyo contenido es delimitado y circunscrito, y difiere en su objeto del derecho de todo ser humano a tener un nombre, ciudadanía, cuerpo, vida privada, etc. Cada uno de estos criterios identificativos son objeto de un

identidad de la persona es el resultado final de la suma de todos los signos o rasgos característicos de la persona y que el reconocimiento de un derecho como este le otorga una protección global. Esto es posible en virtud de que el complejo de facultades que conlleva es mayor en número de las que integran cada uno de los derechos ya existentes (que son más limitadas, por ser más específico el objeto del derecho concreto).

En lo relativo a la segunda cuestión que se expone, la referida a que este derecho llega en su protección hasta límites a los que no llegan otros derechos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, puede ocurrir que, vulnerándose un aspecto de la personalidad del individuo, dicha transgresión no sea susceptible de recibir protección por algunos de los derechos ya existentes y que, sin embargo, sí pueda recibirla por medio del derecho a la identidad. Baste poner como ejemplo de lo que aquí se dice un caso de la jurisprudencia italiana que, además, sirve para distinguir el derecho al honor del derecho a la identidad. El caso se recoge en la sentencia del Tribunal de Roma de 15 de noviembre de 1983 y versa sobre una publicación en la que se atribuye la condición de miembro de la masonería a una persona<sup>41</sup>. Denunciando la persona a quien alude la información al medio que la difunde, en la sentencia se mantiene que proclamar de alguien que es miembro de la masonería no vulnera su derecho al honor, ya que, estando reconocidos legalmente los grupos masónicos como asociaciones, la militancia en cualquiera de ellos no puede considerarse social o moralmente deshonrosa. Siendo esto así, y sin que sea posible otorgarle protección a la persona a quien alude la información por vulneración de su derecho al honor, finalmente la termina recibiendo por el derecho a la identidad. El fundamento de la *ratio decidendi* es que, si bien publicar de alguien que forma parte de un grupo masónico no vulnera su derecho al honor, sí vulnera su identidad personal, ya que una afirmación de este tipo, si no guarda relación con la verdad, tergiversa la proyección social de esa persona y el modo en que puede ser vista por los demás<sup>42</sup>.

---

derecho autónomo, y todos ellos se reconducen al derecho general de la personalidad. Es fácil de este modo caer en el error y cambiar este derecho específico con otros derechos de la personalidad».

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal de Roma de 15 de noviembre de 1983, publicada en *Il Foro Italiano*, Vol. 108, Núm. 1 (enero 1985), pp. 281-286.

<sup>42</sup> Vid. RAFFIOTTA, 2010, p. 12.

Sobre la distinción entre el honor y la identidad apunta FIGONE (1985, p. 535) que el derecho a la identidad se vulnera siempre que se revelen hechos falsos sobre un sujeto, independientemente de que la alteración se produzca *in melius* o *in peius*. Por el contrario, el derecho al honor se lesiona solo si la información desacredita la dignidad de un individuo, es decir, siempre que sea peyorativa de su personalidad. Sobre la dis-

La tercera razón que puede justificar el reconocimiento del derecho a la identidad es el desarrollo constante que experimentan las nuevas tecnologías y, en concreto, que con ellas (especialmente, Internet) resulte relativamente fácil vulnerar la identidad de la persona. Las tecnologías actuales posibilitan que con una sola acción sea relativamente sencillo vulnerar una pluralidad de signos o rasgos de la identidad de las personas. Piénsese, por ejemplo, en lo fácil que puede resultar hoy día «construir» en Internet la identidad de una persona que no se corresponda efectivamente con la auténtica y original, adjudicándole una fotografía falsa, atribuyéndole un sexo o una ideología que no es la suya, o una filiación diferente.

Negar la necesidad del reconocimiento del derecho a la identidad, por contemplarse ya en el ordenamiento jurídico otros derechos que ofrecen protección frente a vulneraciones concretas de alguno de los signos o rasgos que la componen, ha podido servir de justificación hasta los tiempos actuales, por la alta dificultad material que ha existido hasta ahora para vulnerar de un modo general todo un conjunto de signos o rasgos de la persona (mientras no había Internet). Sin embargo, con el permanente desarrollo que han

---

tinción entre el honor y la identidad puede verse también la *ordinanza* del Pretor de Turín de 30 de mayo de 1979, en la que se aborda el caso de un periódico que publica en una de sus noticias que un político italiano (Pannella) en el pasado había formado parte de la lista electoral de un determinado grupo político (Nueva República). Para el juez, aunque esta afirmación no es en sí misma deshonrosa, pues nada tiene de deshonroso formar parte de un partido político legal, cualquiera que sea este, sin embargo, por ser falsa, sí vulnera su identidad personal.

Aunque para GIACOBBE (1985, pp. 817-818) el derecho a la intimidad, en cierta medida, puede ser considerado como el antecedente lógico sistemático del derecho a la identidad, sin embargo uno y otro derecho se distinguen entre sí, en tanto el derecho a la intimidad tiene por finalidad proteger un ámbito privado de la persona, impidiendo que se den a conocer noticias o hechos de carácter reservado, mientras que el derecho a la identidad persigue la exacta representación de hechos, con independencia de su naturaleza más o menos reservada (*Vid.*, en la misma línea de pensamiento, nuevamente FIGONE, 1985, p. 535 o PINO, 2005, pp. 369-370). Es por ello que para ALAGNA (1983, p. 163) la identidad personal sería entonces la «identidad real proyectada hacia el exterior y reflejada en una imagen que se puede reconstruir a través de los actos y hechos que involucraron a la persona»: una identidad que nace donde la protección de la intimidad ya no opera, es decir, donde hay una proyección social de la persona (como consecuencia de su forma de ser).

Eso sí, que el derecho a la identidad se diferencie del derecho al honor y del derecho a la intimidad no significa que no puedan existir casos en los que unos mismos hechos supongan una vulneración del derecho a la identidad y, al mismo tiempo, una vulneración del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Así, la *ordinanza* del Pretor del Roma de 6 de mayo de 1974 (publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, 2, pág. 514 ss.) aborda un caso en el que la publicación de la imagen de una persona vulnera el derecho a la imagen y el derecho a la identidad. En concreto, los hechos consistieron en la publicación de la imagen de dos personas en una octavilla en la que aparecen como agricultores y en la que se transmite un mensaje político contrario al divorcio. Las personas que aparecen en el panfleto, que no había prestado su consentimiento a la publicación de su imagen, no eran pareja, ni agricultores, y, además, firmes defensores del divorcio.

experimentado y están experimentando las nuevas tecnologías, que facilitan sin medida que puedan llevarse a efecto vulneraciones globales de una pluralidad de esos signos o rasgos, es causa justificadora suficiente para que lo que antes no era estrictamente necesario ahora sí lo sea.

#### 4. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Si se plantea finalmente el reconocimiento del derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico español, una cuestión que sin duda alguna precisará atención es la relativa a su relación con los derechos de la personalidad<sup>43</sup>.

Partiendo de que la enumeración de los derechos que componen esta categoría jurídica constituye a día de hoy un debate abierto entre la doctrina, los autores que hasta ahora se han pronunciado sobre este punto se inclinan por incluir el derecho a la identidad entre los derechos de la personalidad y, a nuestro modo de ver, así debe ser<sup>44</sup>. Sin duda alguna, que los derechos de la personalidad se consideren un elenco abierto y que actualmente se esté discutiendo sobre la conveniencia o no de incluir nuevos derechos en esta categoría (y, por lo tanto, que esta posibilidad sea factible) constituye ya en sí mismo el primer argumento a favor de la inclusión de este derecho y justifica el posicionamiento favorable a tal consideración<sup>45</sup>.

Precisamente, y llevando de vuelta atrás este razonamiento, que se cuestione el derecho a la identidad como un posible nuevo dere-

<sup>43</sup> Y ello sin entrar en las discusiones que esta categoría jurídica genera en sí misma en un plano más general y referidas, por una parte, a si lo que procede jurídicamente es reconocer un único derecho de la personalidad o una pluralidad de ellos, y, por otra parte, a si es preferible que los derechos de la personalidad sean entendidos como derechos subjetivos o, antes que esto, desde la perspectiva del bien jurídico protegido. *Vid.* CLAVERÍA GOSÁBEZ (1984, pp. 101 y ss), DE CASTRO (*ADC*, 1959, p. 1238 ss.) o LÓPEZ JACOISTE (*ADC*, 1986, pp. 1075 ss.).

<sup>44</sup> *Vid.* GETE-ALONSO Y CALERA (2017, p. 662), MONTÉS PENADÉS (2009, p. 1391) o ROGEL VIDE (*IUS*, 2007, p. 262).

En el Derecho italiano, para BOCCHINI y QUADRI (2014, p. 302) el derecho a la identidad personal «es una de las más interesantes expresiones de la creatividad de la jurisprudencia en materia de derechos de la personalidad» y para FIGONE (1985, p. 535) «desde hace algunos años la magistratura pretorile, en el marco de las resoluciones de urgencia y de conformidad con el artículo 700 c.p.c., ha elaborado un nuevo derecho de la personalidad –el derecho a la identidad personal– ampliando y profundizando los estudios en esta dirección ya realizados por una parte de la doctrina». Por su parte, ALPA (1981, p. 15) entiende que el derecho a la identidad personal puede constituir un modelo emblemático, casi un «caso clínico», desde el que iniciar una discusión sobre los derechos de la personalidad en la hora actual. A los efectos de tal calificación jurídica, véase también, PONZANELLI (1981, p. 374).

<sup>45</sup> *Vid.* JOURDAIN, *RDP*, 2001, pp. 366.

cho de la personalidad hace prueba de que la categoría de los derechos de la personalidad no debe darse por cerrada<sup>46</sup>.

Unido a lo anterior, aunque, ahora ya, como razón sustantiva y no meramente formal, cabe indicar que los derechos de la personalidad se conciben como expresión jurídica de proyecciones humanas<sup>47</sup>, siendo esto, justamente, lo que es la identidad de la persona, una proyección de la personalidad que resulta indispensable para el desarrollo integral. Los derechos de la personalidad protegen la subjetividad de la persona, evitando con ello que puedan producirse conculcaciones en la esfera de la dignidad humana. La finalidad jurídica de los derechos de la personalidad es, como indica De Castro, «la protección de valores del hombre como persona desde el Derecho privado», razón ésta por la que deben ser entendidos como titularidades jurídicas cuyo punto de partida y referencia es la personalidad<sup>48</sup>. Si se tiene en cuenta el rápido avance de las distintas ciencias (como, por ejemplo, la medicina) y el notable desarrollo de las nuevas tecnologías, resulta evidente que la identidad de la persona, como expresión de la personalidad, se revela como un valor de la dignidad humana que merece ser protegido, en tanto forma parte de la personalidad.

La admisión del derecho a la identidad como un derecho de la personalidad conlleva reconocer el rango esencial que este aspecto de la personalidad pasa a detentar en el orden jurídico y, efecto de ello, pasa a hacerse merecedor de protección jurídica directa. Y, *contrario sensu*, la no aceptación del derecho a la identidad como un derecho de la personalidad daría como resultado privar de protección jurídica a parte del contenido de la personalidad, que es entendida en nuestro Derecho como un concepto unitario y comprensivo de todo un conjunto de bienes de la persona.

La «presencia» del hombre en Internet y, en general, el desarrollo de las nuevas tecnologías son fenómenos ya firmemente consolidados y, como señala López Jacoiste, desde que un fenómeno

---

<sup>46</sup> Vid. MONTÉS PENADÉS (2009, p. 1391), quien mantiene que la categoría de los derechos de la personalidad se configura «con perfiles difusos, pues, a la postre, no es posible un elenco cerrado de derechos de la personalidad, como lo es en el caso de los derechos fundamentales, y es preciso atender a las nuevas exigencias y necesidades de la persona en una sociedad cambiante, entre otros medios a través de la concesión de específica protección a los bienes y valores que le son propios». En el mismo sentido, LÓPEZ JACOISTE (1986, p. 1064), entiende que la categoría de los derechos de la personalidad se encuentra necesariamente abierta a las sucesivas explicitudes que la dignidad de la persona requiera como propias en razón de cambiantes circunstancias o de nuevos condicionamientos.

<sup>47</sup> Vid. LÓPEZ JACOISTE, 1986, p. 1064.

<sup>48</sup> DE CASTRO (ADC, 1959, p. 1274) ya advierte en 1959 de la necesidad de proteger los valores o bienes más importantes de la persona desde el ámbito del Derecho privado frente al avance de la técnica. La libertad y la intimidad personal, indica él, merecen protección frente a la administración y la prensa.

nuevo alcanza relieve diferenciado y propio se sientan las bases para el reconocimiento de un derecho de la personalidad de nuevo nombre, de renovada referencia<sup>49</sup>.

Corolario de todo lo anterior, el derecho a la identidad debe concebirse como un derecho innato e inherente de la persona, personalísimo, con eficacia *erga omnes*, no susceptible de transmisión o renuncia, no sujeto a prescripción y que está fuera del comercio de los hombres.

### III. IDENTIDAD E IDENTIFICACIÓN

Con relativa frecuencia se encuentran textos o documentos de distinta naturaleza, jurídicos y no jurídicos, que emplean como sinónimos los términos «identidad» e «identificación». Sin ir más lejos, y más allá de que esto sea hoy día práctica habitual en los medios de comunicación y en Internet, la LRC utiliza precisamente el término identidad a lo largo de su articulado como sinónimo de identificación<sup>50</sup>. El origen de esta confusión en el ámbito jurídico (en general, no solo referido a la LRC) reside, a nuestro modo de ver, en el hecho de que algunos signos, rasgos o referencias de la persona (como el nombre, filiación, nacimiento –lugar, fecha y hora–, sexo, etc.), al mismo tiempo que integran la identidad de la persona, cumplen en el tráfico jurídico la función de servir de medio de identificación<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Cuando nuevas circunstancias surgen en la vida y se consolidan, según LÓPEZ JACOISTE (*ADC*, 1986, pp. 1071 ss.), es la jurisprudencia, probablemente, el primer cauce que viene a declarar y hacer patente su carácter jurídico. Lo efectúa a base de recalcar y hacer explícita un área o un componente de la dignidad del ser humano hasta entonces solo implícita, latente por no discutida, pero consustancial y propia de un nivel de respeto que a todos debe reconocerse. Posteriormente, quizá se añada al reconocimiento jurisprudencial la atención legislativa. Cometido de política jurídica propio de la ley habrá de ser, en su caso, señalar el rango, puntualizar el tratamiento y orientar los perfiles del derecho de que se trate.

<sup>50</sup> *Vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, 2018, cit., p. 34. Apunta acertadamente esta autora que aunque en una primera lectura de esta ley pueda parecer que el legislador utiliza el término identidad en su sentido propio, sin embargo, dada la función del Registro, y sobre todo su finalidad de dar cumplido y acertado reflejo de la persona y de sus condiciones particulares (con relevancia jurídica/oficial), un análisis más detenido lleva a concluir que a lo que verdaderamente pretende aludir es a la identificación de la persona.

En el Derecho francés también ocurre algo parecido, como puede comprobarse en la LOI n° 2016-1321, du 7 octobre 2016, pour une République numérique.

<sup>51</sup> Para GETE-ALONSO Y CALERA (2018, p. 34.), el hecho de que el punto de partida en la identificación sea la realidad biológica hace que la identidad y la identificación estén necesariamente imbricadas, en la medida en que el desiderátum perseguido es que tenga lugar la exacta correspondencia entre una (identidad) y otra (identificación), cuando menos en lo que se refiere a los datos relevantes. Sobre esta cuestión véase también, TOMMASINI, 1981, p. 82.

Dos ejemplos que revelan lo estrechos que son los vínculos entre la identidad y la identificación de la persona se pueden encontrar en el Documento Nacional de Identidad y en el valor jurídico que se le otorga al nacimiento. El llamado Documento Nacional «de Identidad», no es sino uno de los documentos oficiales privilegiados de identificación de las personas<sup>52</sup>. Respecto a este documento expone Rodotà que el cuerpo humano desempeña en él un rol determinante para poder identificar efectivamente a la persona, pues resulta evidente que la identidad asociada solo al nombre no es suficiente para cumplir tal misión, sino que requiere también una descripción física (fotografía, color de los ojos y del cabello, etc.)<sup>53</sup>.

Siendo esto efectivamente así, cabe añadir que los datos corpóreos relevantes para la función de identificación se están multiplicando rápidamente en los últimos tiempos y es cada vez más claro que la asociación del nombre a la fotografía personal se está superando por otros modos de identificación del individuo como, por ejemplo, el uso de medios biométricos basados en el escaneo de

---

Sobre la relación que guardan la identificación de la persona con el nombre puede verse BENAVENTE, (2013, pp. 108-117), quien hace una exposición detalla del régimen jurídico aplicable al nombre conforme a la Ley del Registro Civil actualmente vigente, comparándolo con la anterior LRC.

Para esta autora el nombre constituye en sí mismo uno de los aspectos en que la persona es objeto de protección en el ámbito del Convenio de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1999 como modo de identificación de la persona y susceptible de ser incardinado dentro de la protección que confiere su artículo 8 al referirse al derecho al respeto de su vida privada y familiar, por más que tal precepto no se refiera específicamente al derecho al nombre.

Del trabajo de esta autora merece destacarse especialmente el análisis que realiza de algunas sentencias del TEDH (especialmente las de 1 julio 2008 –TEDH 2008/46–, Caso Daroczy contra Hungría y 17 de febrero de 2011–TEDH 2011/25–, Caso Golemanova contra Bulgaria) en lo relativo a la relación que guarda el nombre con la identificación de las personas. En las dos sentencias señaladas se analizan supuestos de solicitud de cambio de nombre, viéndose afectados también otro tipo de intereses (el derecho a la vida privada y el interés público en proteger la estabilidad de la identificación personal).

<sup>52</sup> En lo que hace al Documento Nacional de Identidad, lo correcto sería que se llamara Documento Nacional de Identificación, en atención a que la función principal que cumple en el tráfico jurídico es la de servir de instrumento de identificación de las personas y a que la identidad de la persona la conforman muchos más datos de los que se recogen en él.

Expone ROCA (*TELOS*, 2012, pp. 96 ss.) que los primeros elementos de identificación de las personas fueron el nombre y los apellidos pero que, ante la elevada coincidencia de muchos de ellos, el Estado optó finalmente por crear otro medio más eficaz de identificación de las personas, que fue el número del Documento Nacional de Identidad. Este instrumento de identificación se ha mostrado útil durante mucho tiempo, pero no en Internet, donde muchas personas son recelosas de facilitarlo debido, precisamente, a su eficacia, lo que ha terminado por dar lugar a que, en este entorno particular, el correo electrónico se haya terminado convirtiendo en un nuevo medio apto de identificación de las personas. Ocurre sin embargo que, como muchas personas tienen varias cuentas de correo electrónico (intentando aislar, en muchos casos, unos usos de otros –uno para el trabajo, otro personal, otro comercial, etc.–), el dato que se está tomando como nuevo modo de identificación de las personas (porque es capaz de reunir todos esos usos tan dispares) es el número de teléfono móvil.

<sup>53</sup> Vid. RODOTÀ, 2007, pp. 21-22.

partes del cuerpo (la geometría de la mano, las características de la voz, el iris, de la retina, etc.)<sup>54</sup>.

En cuanto al valor jurídico que se otorga al nacimiento, y con independencia de su importancia como hecho determinante de la atribución de la personalidad, cabe apuntar que, al mismo tiempo que constituye el instrumento de base para la identificación pública de la persona, se revela como uno de los principales signos o rasgos de la identidad, al designar la pertenencia familiar<sup>55</sup>.

Aun admitiendo como punto de partida que la confusión entre identidad e identificación es la realidad más extendida actualmente, en sentido estrictamente jurídico la identidad y la identificación aluden a realidades distintas. Identidad e identificación se distinguen, en primer lugar, por la diferente función que una y otra figura desempeñan en el Derecho. Mientras que la identidad es el término que se reserva para aludir a los signos o rasgos que, por ser consustanciales al individuo, lo caracterizan dentro de la comunidad a los efectos de que pueda afirmarse en la vida en un ejercicio de autodeterminación, la identificación consiste sencillamente en la comprobación de la veracidad de los signos o rasgos que representan de manera única a una persona<sup>56</sup>. A tales efectos, la identificación persigue la individualización y distinción oficial de la persona en el tráfico jurídico a partir de la comprobación de datos que son estrictamente consustanciales a ella<sup>57</sup>.

Nos encontramos así ante conceptos que actúan en planos distintos. La identidad actúa en el plano de permitir o sustentar el desarrollo de la personalidad del individuo, de vivir conforme a lo que piensa y siente, mientras que la identificación se reserva (aunque no exclusivamente) para actuar en el plano administrativo, con la finalidad de individualizar a la persona dentro del grupo. La sentencia

<sup>54</sup> Véase ZATTI, 2007, p. 2.

<sup>55</sup> Conforme al artículo 29 del Código Civil, el nacimiento determina la personalidad. Efecto de ello, desde el preciso momento de su nacimiento, y como se señala en el artículo 50 LRC, toda persona tiene derecho a un nombre y las personas son identificadas por su nombre y apellidos. De este modo, el nombre y los apellidos facilitan la función de control público de la identificación del individuo.

<sup>56</sup> En el punto 29 del Documento del Grupo de Trabajo IV (Comercio electrónico) de la CNUDMI/UNCITRAL A/CN.9/WG. IV/WP.150 se define la identificación como «el proceso de reunión, verificación y validación de información de atributos adecuada acerca de un sujeto concreto para definir y confirmar su identidad en un contexto específico».

<sup>57</sup> GETE-ALONSO Y CALERA (2018, p. 34) apunta que el Registro civil, por la finalidad que cumple de dar reflejo de la persona y de sus condiciones particulares, desempeña una función especialmente importante en lo relativo a la identificación de las personas, añadiendo seguidamente que, de entre todos los datos que se enumeran en el artículo 4 LRC como hechos y actos inscribibles en el Registro Civil, aquellos que tienen la calidad de identificar a la persona son el nombre y los apellidos (y sus cambios), el sexo (y el cambio de sexo), la nacionalidad y la vecindad civil.

de la Corte de casación italiana de 22 de junio de 1985<sup>58</sup>, al referirse a los signos que sirven para identificar a la persona, señala de forma clara que son los que «identifican a la persona en el plano de la existencia material y de la condición civil y legal». A diferencia de esto, los signos de la identidad de la persona lo que hacen es distinguir al sujeto «desde el punto de vista global de sus específicas características y manifestaciones», es decir, de aquellas expresiones culturales, ideológicas, morales, políticas, intelectuales que, en su conjunto, ponen de manifiesto lo que la Corte define como «la concreta y efectiva personalidad del sujeto».

En segundo lugar, identidad e identificación se diferencian igualmente por el distinto número de signos o rasgos de la persona con los que se vinculan, que es mayor en el caso de la identidad que en el de la identificación. Siendo el total de los signos o rasgos consustanciales al individuo los que conforman su identidad, solo algunos de ellos sirven como medio de identificación (necesariamente aquellos que no mutan con el paso del tiempo o que, como el físico, aun mutando, son fácilmente reconocibles)<sup>59</sup>. A pesar de que tanto el concepto de identidad como el de identificación están vinculados a signos o rasgos de la persona, a la identidad debe reconocérsele un contenido mayor que a la identificación, pues aquella, junto a los signos o rasgos de la persona que permanecen inmutables con el paso del tiempo, incluye otros que sí admiten variación como, por ejemplo, las ideas, creencias, opiniones, etc. A tales efectos, el reconocimiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de la identidad intelectual o moral (ideal) como una de las clases de identidad ha devenido un factor importante para la distinción entre la identidad y la identificación.

La distinción entre identidad e identificación que debe establecerse en el entorno físico o real ha de trasladarse también al entorno digital, lo que lleva a distinguir entre «identidad digital» e «identificación digital o electrónica». La identidad digital alude al conjunto de signos o rasgos («atributos») de una persona que son consustanciales a ella de una manera inequívoca en el entorno digital y que permiten diferenciarla de los demás. La identificación digital, también llamada «electrónica», está referida al proceso de comprobación de la veracidad de los datos que representan de manera única a una persona y que

---

<sup>58</sup> Sentencia n. 3769. Publicada en *Il Foro Italiano*, Septiembre de 1985, Vol. 108, Núm. 9, pp. 2211-2218.

<sup>59</sup> Indica PIÑAR MAÑAS (2018, p. 104) que la identificación no identifica la entera identidad de la persona, sino solo los atributos de la misma necesarios para una relación jurídica segura. Según él, la identificación no debe hacer referencia a elementos que no sean necesarios para las relaciones jurídicas, ya que, cuando esto no ha sido así y para la identificación de las personas se han utilizado elementos distintos de los necesarios para las relaciones jurídicas, ello ha dado lugar a situaciones discriminatorias.

en el entorno virtual se viene denominando también «autenticación»<sup>60</sup>. Como se ha señalado por la propia Comisión Europea, la identificación electrónica constituye hoy un elemento clave para la prestación de cualquier servicio electrónico<sup>61</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en el entorno real, donde los signos o rasgos que se utilizan para identificar a la persona en muchas ocasiones son los propiamente físicos del individuo, en el entorno digital el procedimiento de identificación electrónica que más rápidamente se ha extendido es el basado en datos alfanuméricos (p. ej., la introducción de un usuario y contraseña, el número de una tarjeta de crédito o débito, etc.). Estos signos de identificación electrónica se han revelado útiles mientras el desarrollo de la tecnología no ha permitido de una manera más o menos sencilla la llamada «suplantación de la identidad»<sup>62</sup>, sin embargo, en los últimos años, en los que el desarrollo tecnológico sí ha posibilitado formas más o menos sencillas de acceder a contraseñas o números de tarjetas, estamos asistiendo a un cambio en lo que respecta a los medios de identificación electrónica de la persona y se está pasando a utilizar medios basados en soluciones biométricas (como, por ejemplo, el uso de la geometría de la huella o del iris del ojo)<sup>63</sup>. Esto supone en realidad una

---

<sup>60</sup> Vid. el punto 15 del Documento del Grupo de Trabajo IV (Comercio electrónico) de la CNUDMI/UNCITRAL A/CN.9/WG. IV/WP.150, en el que se indica que se supone que cuando se introduce una contraseña secreta asociada a un nombre de usuario se confirma que la persona que introduce la contraseña secreta es la persona a quien se asignó el nombre de usuario.

<sup>61</sup> A modo de ejemplo, pueden verse el Plan de acción sobre administración electrónica i2010, que adoptó la Comisión Europea el 25 de abril de 2006 (y que perseguía ya entonces acelerar la administración electrónica en Europa) [COM(2006) 173 final] o la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el «Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único», COM(2008) 798 final (p. 11), donde se indica que la identificación electrónica constituye un elemento clave para la prestación de cualquier servicio electrónico, que confiere a las personas que utilizan procedimientos electrónicos la garantía de que su identidad y sus datos personales no se utilizan sin autorización y, además, que las administraciones pueden cerciorarse de que las personas son quienes dicen ser y tienen los derechos que dicen tener (p. ej., a recibir el servicio solicitado).

En correspondencia con lo anterior, sugiere MERCHÁN MURILLO (*RADyNT*, 2019, p. 7) que, de esta forma, puede decirse que la identificación electrónica desempeña un papel clave en el establecimiento de relaciones de confianza para el comercio electrónico, el gobierno electrónico y muchas otras interacciones sociales.

<sup>62</sup> Asunto este que, sin duda alguna, se revela como uno de los principales problemas de las nuevas tecnologías. Ésta es la razón por la que la Carta de Derechos Digitales reserva el tercero de los párrafos en el que se refiere a la identidad en el entorno digital para indicar que «se establecerán las garantías necesarias que permitan la verificación segura de la identidad en el entorno digital con la finalidad de evitar manipulaciones, suplantaciones o control de la misma por parte de terceros».

<sup>63</sup> En el entorno digital, a su vez, habrá que diferenciar entre medios oficiales de identificación de las personas (p. ej., certificado electrónico o un correo electrónico oficial) de otros medios de identificación que carecen de oficialidad (como, por ejemplo, el perfil que se crea en una red social o un usuario y contraseña). La diferenciación entre unos y otros es clara, ya que, mientras que los medios de identificación oficiales garantizan en la red

vuelta al uso del cuerpo humano como elemento identificador de las persona, e implica cerrar el círculo de la identificación de la persona, pues el uso de medios biométricos es un modelo válido, tanto para el entorno real, como para el entorno digital<sup>64</sup>.

Siendo tan necesaria la distinción entre identidad e identificación, llama la atención que la Carta de Derechos Digitales, que es el último documento elaborado (por el Gobierno) sobre esta materia y que, como se indica en sus consideraciones previas, pretende proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos, presente una redacción que plantea tantas dudas en lo relativo a qué se está refiriendo exactamente. Así, en el apartado primero del punto en el que se reconoce el derecho a la identidad en el entorno digital se señala que «la identidad vendrá determinada por el nombre y por los demás elementos que la configuran de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, europeo e internacional», en el apartado tercero dispone que «se establecerán las garantías necesarias que permitan la verificación segura de la identidad en el entorno digital con la finalidad de evitar manipulaciones, suplantaciones, o control de la misma por parte de terceros» y que «conforme a la normativa aplicable, el Estado deberá garantizar la posibilidad de acreditar la identidad legal en el entorno digital a los efectos oportunos. En aquellos supuestos en los que legalmente se exija un alto nivel de garantía en la identificación de los sujetos concernidos, el Estado asegurará la provisión y utilización de los medios digitales que serán de aplicación para la acreditación de la identidad». Un documento de este tipo, aunque carezca de valor normativo, debiera presentar una redacción clara en este punto, por ser un pilar capital en la correcta concepción de la identidad.

#### IV. IDENTIDAD DIGITAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

##### 1. LA APARICIÓN DEL ENTORNO VIRTUAL

Es en el marco de la evolución que está experimentando el concepto de identidad, así como del progresivo reconocimiento de dife-

---

que una persona es quien dice ser que es o, al menos, gozan del privilegio de partir de esa presunción *iuris tantum*, los otros no pueden garantizarlo, ni para ellos cabe la aplicación del tal presunción.

<sup>64</sup> Sobre este extremo puede verse RODOTÀ (2007, p. 22) para quien «se está volviendo a dar importancia de nuevo al cuerpo», de tal modo que «el cuerpo en sí está convirtiéndose en una nueva *password*: el físico está ocupando el puesto de las palabras clave».

rentes clases o especies dentro de él, en el que debe ubicarse y tratar de comprenderse la identidad «digital»<sup>65</sup>. En tal sentido, la identidad digital constituirá la respuesta necesaria ofrecida por el Derecho ante la implantación de las nuevas tecnologías y ante el aumento de la «presencia» de la persona en el entorno digital<sup>66</sup>.

En concreto, con respecto a esto último es obligado señalar que cada vez es mayor el número de actividades personales y profesionales que se realizan por Internet: se socializa por medio de redes sociales, se realizan compraventas *on line*, se consumen servicios de entretenimiento por Internet, el resultado del trabajo se contiene en soporte digital, la relación en el ámbito laboral se mantiene a través de correos electrónicos, videoconferencias o mensajes, se permite hacer teletrabajo, etc<sup>67</sup>. La acogida favorable que han tenido todas estas actividades, unido al hecho de que su alcance sea global o universal, están contribuyendo definitivamente a la propagación o generalización del término identidad digital en todos los ámbitos<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Para ALPA (2017, p. 724), la evolución que ha experimentado el derecho a la identidad ha acompañado a la evolución técnica que ha acontecido en los últimos tiempos. Según él, las múltiples funciones del Derecho, puestas al servicio de la persona, se expresan mediante la creación *ex novo* de posiciones subjetivas tuteladas para el individuo, la utilización de remedios para inhibir comportamientos ilícitos, y la valoración del daño, moral y patrimonial, reconduciendo donde sea posible los nuevos fenómenos al cauce de las categorías jurídicas.

<sup>66</sup> Expone FIGONE en el comentario a la Sentencia del tribunal de Roma de 27 de marzo de 1984 (1985, p. 535) que «...es un hecho que el derecho a la identidad personal representa algo nuevo y diferente a los demás derechos de la personalidad, tanto con respecto a los más “tradicionales” (nombre, imagen, honor y reputación), como con respecto a los de más reciente elaboración (confidencialidad o privacidad, que en nuestro ordenamiento jurídico aún no ha tenido un reconocimiento normativo explícito en términos generales)».

Véase también PIÑAR MAÑAS (2018, p. 95), para quien, a pesar de que sigue siendo un tema poco tratado, con notables excepciones, la identidad se ha convertido en un tema especialmente controvertido, sobre todo a partir de la irrupción de la innovación tecnológica en el marco de la sociedad digital.

SOLÉ RESINA (ADC, 2018, pág. 420) utiliza el término «presencia digital» para aludir con él al modo en que las personas se manifiestan en Internet. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012, p. 128) expone que «la conformación de este nuevo derecho quiere asimilarse al derecho a tener un nombre y, salvando la enorme distancia, a tener y desarrollar una vida, aunque sea en versión digital».

<sup>67</sup> Piénsese que, como apunta ALPA (2017, p. 735), las tarjetas de crédito y débito, la tarjeta de ingreso a los teatros, los billetes de avión o de tren, las inscripciones en academias, las afiliaciones a movimientos, partidos políticos, asociaciones, las adquisiciones por Internet, los abonos a revistas, Facebook, Instagram, E-Bay, PayPal, etc., constituyen un mundo de informaciones digitales en las que las clasificaciones de datos y la conexión entre ellos reconstruye una identidad que, en parte encaja con la real, y en parte la deforma, la agiganta o la reduce, según los ángulos del espejo desde el que se mire.

<sup>68</sup> Es por esta razón que LLOPIS BENLLOCH (2016, p. 1) sostiene que las manifestaciones digitales están tan imbricadas en nuestra vida cotidiana que es absolutamente imposible hoy en día diferenciar la vertiente analógica de las personas de su vertiente digital.

RODOTÀ (2007, p. 23) ya hablaba de una «nueva antropología», que transforma la persona de ser humano a un complejo de datos, la *natural person* en una *digital person*. Piensa este último autor que nos encontramos aquí ante una identidad «dispersa», por el

Si bien en un primer momento el uso de la expresión «identidad digital» se hizo frecuente en los ámbitos de los medios de comunicación, la informática, la sociología y la educación (aunque, como se señalaba, en un buen número de casos, confundiendo identidad con identificación), de unos años a esta parte ha comenzado a aparecer también en textos jurídicos, aunque todavía de un modo incipiente (guardando de este modo claro paralelismo con lo acontecido para el concepto matriz de identidad)<sup>69</sup>.

La constatación en la última década de la existencia de una explotación comercial cada vez más patente de los datos personales sitúa a la identidad digital como un recurso útil de cara a obtener una mejor protección de los usuarios de Internet frente al *big data*<sup>70</sup>. Si se tiene en cuenta que en el entorno digital las barreras temporal y espacial no protegen el tratamiento de los datos personales del mismo modo que sí lo hacen en el entorno físico o analógico, el reconocimiento jurídico de la identidad digital como nueva manifestación de la identidad deviene imprescindible, ya que dicho reconocimiento conllevará la admisión de unos medios de defensa útiles y prácticos frente a las vulneraciones de derechos que puedan acusar los titulares de los datos<sup>71</sup>.

---

hecho de que distintas informaciones referentes a una misma persona se contienen en bancos de datos diversos, cualquiera de los cuales, por ella misma, alude tan solo una parte o un fragmento de toda la identidad completa. El riesgo que surge con ello es que hasta para el propio interesado resultará imposible conocer la identidad que se proyecta sobre él en Internet, por representarse en lugares que no solo son diferentes, sino cuya existencia le es difícil conocer o cuyo acceso le es imposible.

<sup>69</sup> Sobre el uso del término desde una perspectiva informática pueden verse, a modo de ejemplo, los trabajos de: GIONES-VALLS, y SERRAT-BRUSTENGA (*BID*, 2010). Como ejemplo del uso del término en el ámbito de la sociología o de la educación pueden verse, entre otros: BENACH Y PUEYO, M (*COBDC*, 2013, pp. 70 ss.), DE COSTER (*Bit*, 2014) o VÁZQUEZ ATOCHERO (*ESI*, 2013, pp. 210 ss.). Y, finalmente, como ejemplo de la utilización del término en los medios de comunicación pueden verse las referencias que se citan en la nota al pie número 79.

En lo que hace a los trabajos jurídicos en Derecho español referidos a la identidad digital o en los que aparece recogido el término comienzan a ser más frecuentes, salvo alguna excepción, a partir de 2018, como puede comprobarse en los que se citan a lo largo de este trabajo. En el Derecho italiano ya utilizan este término FINOCCHIARO (2010, p. 737) o RESTA (2007, pp. 511-531).

<sup>70</sup> Para PIÑAR MAÑAS (2018, p. 101) las posibilidades que existen en el entorno digital de conformar desde fuera del propio sujeto su identidad, y con ello su personalidad, son sin duda mucho más numerosas y cualitativamente diversas que en el entorno físico o analógico. En un sentido parecido a este, para RESTA (2007, p. 522) «las técnicas de recogida de datos y elaboración de perfiles individuales, posibilitadas por las nuevas tecnologías, determinan el riesgo de que el “yo” venga fragmentado, sin su conocimiento, en una multiplicidad de bases de datos, ofreciendo así una representación parcial y potencialmente dañina de la persona, que se reduciría así a la mera suma de sus proyecciones electrónicas».

En palabras de FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012, pág. 127) esto es así «hasta el punto de que parece posible la hipótesis del surgimiento por adicción de un nuevo derecho a existir en Internet, con un alcance más amplio que lo que sería la mera proyección digital de los derechos *offline*».

<sup>71</sup> En el entorno digital los datos personales pueden perdurar incluso más allá de la vida misma de su titular, razón esta por la se sostiene que en este entorno la barrera tempo-

La realidad viene a demostrarnos que la informática, en general, y el *big data* y el tratamiento de los datos personales, en particular, afectan a la identidad de las personas. Ello es así desde el momento que en Internet existen datos de la mayoría de las personas relacionados directa o indirectamente con su identidad (p. ej., nombre, filiación, lugar de nacimiento, ideología, creencias, trabajo, aficiones, etc.), de tal modo que con un simple y sencillo cruce de esos datos es posible construir perfiles de cada uno de sus titulares. Esta y no otra es la razón por la que en el Informe del Ethics Advisory Group del año 2018, dependiente del Supervisor Europeo del Protección de Datos, se alude al cambio terminológico y conceptual del individuo por el de «sujeto digital», siendo este cambio lo que subyace de fondo en el tema de la identidad digital<sup>72</sup>.

La persona, además de ser individuo físico en el entorno físico o analógico, ahora también ha pasado a ser «sujeto digital» en el nuevo entorno digital, y como consecuencia de ello surge la necesidad de un derecho que reconozca esa presencia y la regule<sup>73</sup>. Siendo esto así, una clase o especie de la identidad, como es la identidad digital, puede terminar convirtiéndose en la causa última que fundamente la existencia de su derecho matriz, el derecho a la identidad, otorgándole con ello valor a las certeras palabras de Gierke cuando, hablando de los derechos de la personalidad, mantiene que algunos de ellos se encuentran ya reconocidos de forma explícita, mientras que otros permanecen aún latentes e incluidos en el derecho general de la per-

---

ral tiene menor alcance que en el físico o analógico. Unido a esto, en el entorno digital desaparece esa otra barrera que representa el hecho de que, en ocasiones, la información pueda estar distante. Es por ello que también se dice que en el entorno digital decae la barrera espacial y la defensa «natural» que constituye en el entorno físico o analógico el acceso a los datos personales.

<sup>72</sup> El Informe del Ethics Advisory Group está disponible en [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/ethical-framework/ethics-advisory-group-report-2018\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/ethical-framework/ethics-advisory-group-report-2018_en).

Del paso del individuo al «sujeto digital» también habla PIÑAR MAÑAS (2018, pág. 96), quien, después de señalarlo como el primero de los cambios sugerentes que contiene el Informe, reconoce que en él la definición de la identidad adquiere una especial relevancia. Añade este autor que el Informe se enfrenta a situaciones transcendentales para el ser humano (y que exceden el ámbito de la privacidad) como son la conexión de las nuevas tecnologías con los valores europeos; las consecuencias de la interacción entre el ser humano y las máquinas; la dignidad en situaciones de una autonomía en declive (piénsese, por ejemplo, en la incidencia que está teniendo la publicidad comportamental –y esto es nuestro–); el poder del mercado para definir qué significa ser humano; el dilema de la multitud de opciones que proporciona un ecosistema digital controlado por nuevas formas de automatización; nuevos desafíos que se plantean a las nociones tradicionales de titularidad y derecho de propiedad aplicadas a datos personales; o la innovación responsable en el ecosistema digital.

<sup>73</sup> En este mismo sentido, en la «Guía para usuarios: identidad digital y reputación *on line*» del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, publicada en Julio de 2012, p. 27, se hace constar que «en la Sociedad de la Información, la identidad digital personal y la reputación online constituyen elementos valiosos y merecedores de protección jurídica».

sonalidad sin formulación propia, en espera de que necesidades específicas vengan a extraerlos de ese fondo genérico y a otorgarles configuración concreta y precisa<sup>74</sup>.

Aparte de lo anterior, adviértase que no deja de ser paradójico, por antagónico, que, si finalmente se termina reconociendo el derecho a la identidad digital, ello va a suponer que se ha terminado considerando derecho de la personalidad a una manifestación claramente deshumanizada de la persona, en la que esta viene reducida a meros datos o, si se prefiere, información.

## 2. RETOS QUE PLANTEA LA IDENTIDAD DIGITAL

Las nuevas tecnologías ya plantean retos para la identidad de las personas y ello con independencia de que, como se ha apuntado, todavía no se haya reconocido, como tal, el derecho a la identidad.

En tal sentido, el primero de los retos que debe mencionarse es el llamado «robo de la identidad digital», consistente en que alguien se hace pasar por otra persona en el entorno digital, bien accediendo directamente al perfil que esta utiliza en la red (p. ej., mediante la sustracción de la clave de acceso a la cuenta de usuario), bien creando un perfil falso que se corresponda con los datos de identificación de esa otra persona<sup>75</sup>. Aunque en el Código Penal (en adelante, CP) no está tipificado el delito de robo de identidad digital, la suplantación de identidad que con ello acontece puede ser constitutiva de otros delitos que sí están tipificados, como, por ejemplo, el de usurpación del estado civil (si la suplantación se realiza, por ejemplo, con la finalidad de ejercitar derechos o acciones de los que es titular la persona suplantada –art. 401 CP–)<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> GIERKE, 1985, § 81, pp. 72 ss.

<sup>75</sup> El robo de identidad digital debe entenderse como una consecuencia natural de la implantación y uso de las nuevas tecnologías. Con independencia de los beneficios que reportan las nuevas tecnologías, su uso no está exento de riesgos o peligros para la dignidad humana, como puede verse en GRIMALT SERVERA, 2017, pp. 1-6. Como señala este autor, a través de las redes sociales se pueden llevar a cabo conductas dañinas contra el patrimonio, contra la propiedad intelectual y contra la dignidad humana, que es, a nuestro juicio, donde encuentra ubicación el robo de la identidad digital y, en general, la vulneración de la identidad de la persona. Así, y a modo de ejemplo, sobre los riesgos que entrañan las nuevas tecnologías para los menores de edad en concreto puede verse BATUECAS CALETRÍO, *EDP*, 2021, pp. 1213-1257.

<sup>76</sup> A diferencia de España, el delito de robo de identidad digital sí está tipificado en otros países como, por ejemplo, Francia (art. 226-4-1 de su Código Penal, con pena de un año de prisión y 15.000 € de multa), Reino Unido (Malicious Communications Act de 1988 c.27), Argentina, que en la actualidad está tramitando una modificación de su Código Penal a fin de incorporar un nuevo artículo 139 ter en el que se tipifica la «usurpación de identidad digital» o Colombia (Título VII del Código Penal, donde se regula la «Suplantación de Sitios web para Capturar Datos Personales»).

Con independencia de lo anterior, la acción concreta que realice el suplantador desde el perfil del tercero suplantado o con el *nick* falso de este último será un elemento a tener en cuenta para valorar si la conducta es constitutiva de delito o no lo es (p. ej. una estafa), así como para que, caso de que lo sea, determinar su calificación jurídica<sup>77</sup>. En este orden de ideas, por ejemplo, no se considerará delito la mera creación de un perfil falso en Internet donde el suplantador se ha limitado a introducir un nombre y apellidos que, no siendo los suyos propios, coinciden con los de otra persona (sin incluir ningún dato personal más del suplantado, como su dirección, fotografía, etc.) y cuando la acción no va más allá de la estricta creación del perfil, sin llegar a operar con él.

A diferencia de lo anterior, sí constituirá delito de usurpación de estado civil la suplantación de la identidad de otra persona en Internet con el propósito, por ejemplo, de ejercitar derechos o acciones de los que es titular la persona suplantada. Si el suplantador se sirve de la captura de claves o contraseñas (p. ej., del correo electrónico o de una red social), el delito de usurpación de estado civil concurrirá en concurso real o medial con el delito de revela-

---

Con respecto a España, véase el muy clarificador Auto del Tribunal Supremo 9201/2017, de 20 de septiembre de 2017 (JUR 2017\250769) y cómo en él se indica que la mera suplantación de la identidad de otro no es constitutiva *per se* para calificar jurídicamente la suplantación como usurpación de identidad (art. 401 CP), sino que se exige que la suplantación se haga con ánimo de ejercitar derechos o acciones propias del suplantado. En concreto, se señala en este Auto que «...la utilización del nombre y los documentos de otra persona o el fingir la identidad de otro son engaños y posiblemente hábiles para integrar ese elemento típico de la estafa, pero no integran *per se* el delito de usurpación del estado civil. La acción típica de este delito que regula el artículo 401 del CP implica suplantar o atribuirse la personalidad ajena. El autor se subroga en la posición civil de otra persona con posibilidad de disfrutar y ejercer sus derechos y acciones. Ya algunas resoluciones de esta Sala (15 de diciembre de 1982) acudieron a la acepción gramatical de usurpar: quitar a uno lo suyo, y también, a su acepción más amplia de arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es, fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen La Sentencia 331/2012 de 4 de mayo se sigue esta misma línea identificando a estos efectos la usurpación del estado civil con el «arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios». Los anteriores de 23 de mayo de 1986 y 26 de marzo de 1991 indican que «no basta una suplantación momentánea y parcial, pues es preciso continuidad y persistente en la asunción de la totalidad de la personalidad ajena con ejercicio de sus derechos y acciones dentro de su estatus familiar y social. De ello deriva la exigencia de una permanencia de la conducta como corresponde al propósito y acción plena de sustitución de la personalidad global y derechos del afectado...».

Así lo reconoce la Sentencia 1045/2011, de 14 de octubre que, citando la 635/2009, de 15 de junio, declara que «...no basta con usar un nombre y apellidos de otra persona, sino que es necesario hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos y obligaciones que a ella corresponden...por lo que exige una cierta permanencia y es ínsito al propósito de usurpación plena de la personalidad global del afectados». El mero fingimiento de la identidad de otro, haciendo uso incluso de sus datos personales como pueda ser el número de DNI o de tarjetas de crédito a efectos de configurar puntualmente el engaño típico de la estafa, no integra el delito de usurpación del estado civil».

<sup>77</sup> Vid. el Auto del Tribunal Supremo 9201/2017, de 20 de septiembre de 2017 (JUR 2017\250769) en el que la suplantación de identidad en Internet se realiza con la intención de cometer una estafa.

ción de secretos (art. 197 CP) y si, por ejemplo, el suplantador utiliza el perfil falso del tercero para imputarle falsamente un delito, además de lo anterior, se produciría un concurso real o medial con el delito de calumnia (art. 205 CP).

El segundo reto que parece planteará el desarrollo tecnológico para la identidad (pues este, a diferenciar del anterior, está por llegar) tiene que ver con el reconocimiento de identidad a «entidades» distintas de la persona física y de la persona jurídica. Para entender lo que aquí se pretende decir conviene partir de una remisión al documento del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional «Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza», cuya finalidad es definir términos relacionados con la llamada «gestión de la identidad» y los servicios de confianza, a fin de que sirva de referencia para el desarrollo de ulteriores trabajos en este campo. Este documento comienza definiendo la identidad como: «a) un conjunto de atributos relativos a una entidad; b) información acerca de un sujeto concreto en forma de uno o más atributos que permiten que el sujeto sea debidamente diferenciado en un contexto particular; c) un conjunto de atributos relativos a una persona que la describen de manera inequívoca en un contexto dado», y la definición concluye admitiendo el uso como sinónimas de las expresiones «identidad» e «identidad digital». Para una comprensión correcta de la definición, en el propio documento se indica que por «atributo» ha de entenderse cualquier elemento de información o datos asociados a un sujeto.

Pues bien, si, como se ha venido manteniendo, la identidad digital hasta ahora ha estado referida exclusivamente a la de las personas físicas y jurídicas que tienen presencia en el entorno virtual, en tanto la identidad (en general) debe entenderse siempre como una consecuencia natural del previo reconocimiento de la personalidad jurídica, una particularidad que presenta el documento del Grupo de Trabajo IV de la CNUDMI/UNCITRAL es que en él se contempla la posibilidad de reconocer identidad a lo que denomina «entidades», que es un concepto cuyos límites se extienden más allá de las personas físicas y de las personas jurídicas, y supone en la práctica que también puedan ser titulares de identidad dispositivos o aparatos, con el solo requisito de que tengan existencia autónoma y bien definida y pueda ser identificada en un contexto.

Todo parece indicar que el panorama futuro que aguarda a la identidad tendrá un horizonte mucho más amplio de aquel con el que ha nacido y que aquí se está analizando, y que se constriñe al delimitado por la persona física y la persona jurídica. El reconocimiento de

identidad a «entidades» distintas de las personas físicas y de las personas jurídicas propiciará una nueva evolución en el concepto de identidad y los nuevos confines jurídicos que surgirán consecuencia natural de ello, que ahora tan solo pueden llegar a vislumbrarse, sin duda alguna suscitarán debates en este momento inimaginables de gran interés jurídico. Si el hecho inicial que justifica el reconocimiento de la identidad es concebirla como la institución idónea para proteger el derecho a la autodeterminación vital de la persona, con la ampliación del reconocimiento a otro tipo de «entidades» la fundamentación jurídica del reconocimiento ya tendrá que ser necesariamente otra y complementaria de esta, más próxima a la simple identificación del dispositivo o del aparato.

Aparte de dar lugar a una redimensión del concepto, el reconocimiento de identidad a «entidades» obligará a un replanteamiento del concepto mismo de personalidad, pues si la identidad es una consecuencia natural del previo reconocimiento de personalidad, o bien el reconocimiento de identidad a las «entidades» termina posibilitando igualmente a favor de ellas un previo reconocimiento de personalidad, o bien será preciso fundamentar jurídicamente la identidad (al menos para este caso particular) de un modo diferente a como se hace para las personas físicas y para las personas jurídicas. A estos efectos, téngase en cuenta que el reconocimiento de identidad a las personas jurídicas es consecuencia lógica de que a estas también se les haya reconocido previamente personalidad y de que estas, a semejanza de las personas físicas, puedan estar igualmente interesadas en ser percibidas de una determinada manera (autodeterminación).

Si en la historia jurídica ya supuso un avance innovador reconocer personalidad a las personas jurídicas, algo parecido se puede volver a repetir, si bien en este caso no vendrá motivado por nuevas necesidades surgidas en el tráfico jurídico, sino por la fuerza implacable que está ejerciendo la evolución tecnológica en la vida humana.

El reconocimiento de identidad a «entidades» exigirá examinar igualmente qué facultades de las comprendidas en el derecho a la identidad procede reconocer, por su singularidad, a las «entidades». Es posible que facultades ahora existentes y pensadas para ser ejercidas por personas físicas o jurídicas no procedan para el caso de las «entidades». Por ejemplo, mientras que para las personas físicas y para las personas jurídicas tiene sentido reconocer la facultad de poder controlar la imagen que se proyecta de ellas en el entorno virtual, para las «entidades», que no son más que dispositivos o aparatos, esto puede carecer de sentido.

Como puede comprobarse, el fenómeno de la identidad digital ya está centrando la atención de algunos organismos internaciona-

les, lo cual no deja de constituir otra paradoja, pues, cuando apenas nos encontramos en una fase incipiente en lo que respecta al reconocimiento positivo del derecho a la identidad (en general), ya están comenzando a aparecer textos y documentos en los que se desarrollan singularidades y variantes de alguna de sus clases o especies, como es, en este caso, la identidad digital<sup>78</sup>.

## V. CONTENIDO DE LA IDENTIDAD DIGITAL: EXTENSIÓN Y LÍMITES

A pesar del uso extendido del término en otros ámbitos distintos del jurídico, la realidad es que la identidad digital todavía no es un concepto jurídico admitido o reconocido como tal por la doctrina, ni tan siquiera el uso de la expresión se ha generalizado en los textos jurídicos, sino que, antes al contrario, por ser un concepto que no se ha perfilado ni concretado, necesariamente está sujeto a controversia.

Siendo ésta la situación actual, en la identidad digital concurren dos razones que hacen presumir un pronto reconocimiento de la figura: la primera es su evidente aceptación popular y su uso extendido en ámbitos distintos del jurídico, bastando solo acudir a los medios de comunicación para comprobar que esto efectivamente es así<sup>79</sup>. La segunda es que, como se ha visto al inicio de este trabajo, la identidad ha nacido como un concepto jurídico dinámico, que ha mutado o evolucionado con el paso del tiempo, a fin de adaptarse a las nuevas realidades que han ido apareciendo y que, todo parece indicar, seguirá evolucionando<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Reproduciéndose de este modo lo mismo que ha ocurrido anteriormente con la identidad sexual o la identidad biológica, que siendo clases o especies dentro del género de la identidad, están siendo consideradas en distintos ámbitos jurídicos antes que la propia matriz de la que traen causa.

<sup>79</sup> *Vid.*, solo a modo de ejemplo, los artículos: «Identidad digital, el factor que marca distancias en la carrera por el empleo», publicado en el periódico *ABC* el 29 de octubre de 2018; «Identidad. Tú, tú mismo y tu avatar: ¿y si el robot que habitas se lía y mata a alguien?» publicado en el periódico *El País* el 10 de junio de 2019; «Cómo afectan las redes sociales en el mundo laboral», publicado en el periódico *La Gaceta de Salamanca* el 13 de marzo de 2019; el programa de radio «Identidad digital y biometría» emitido en *RTVE* el 16 de febrero de 2018 (disponible en <https://www.rtve.es/alacarta/audios/50/50-identidad-digital-biometria-16-02-18/4479332>, último acceso 16-V-2021); el artículo «La tecnología “Blockchain” y la identidad digital», publicado en *El Conflegal* el 25 de marzo de 2019; o la noticia «¿Cuál es el precio de la identidad digital completa de una persona en la “red oscura”?» publicada en la web de *Antena 3 Noticias* el 14 de abril de 2018 (disponible en [https://www.antena3.com/noticias/tecnologia/cual-precio-identidad-digital-completa-persona-red-oscura\\_201804145ad1d21d0cf2e6c5e73f3f2f.html](https://www.antena3.com/noticias/tecnologia/cual-precio-identidad-digital-completa-persona-red-oscura_201804145ad1d21d0cf2e6c5e73f3f2f.html), último acceso 16 de mayo de 2021).

<sup>80</sup> Para ALPA (2017, pág. 724), la informática ha tomado posesión de la identidad y la ha plegado instrumentalmente a sus usos patrimoniales, en la búsqueda del beneficio por conectar algún aspecto de la identidad con los bienes, servicios o contactos que pueden ser

En cualquier caso y con independencia de lo anterior, en estos momentos iniciales de aceptación y consolidación del concepto, la expresión «identidad digital» se está utilizando con diferentes sentidos. Así, frente a uno más estricto o limitado, precursor de que con la identidad digital se aluda a un conjunto más o menos reducido de datos de la persona que sirven para identificarla e individualizarla en la red (DNI, nombre y apellidos, datos biométricos, etc.), existen autores que se inclinan por utilizarla en un sentido más amplio, aludiendo con ella a todo el conjunto de datos que existan de la persona en Internet: los reconocidos oficialmente como tales (p. ej., nombre, DNI, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, nacionalidad, vecindad civil, etc.), los creados por ella misma (p. ej., opiniones, ideología o creencias manifestadas en distintos foros, chats, etc.) y los generados por terceros<sup>81</sup>. En este último caso, de entre esos tres grupos de datos, el que plantea mayores dudas es el tercero, el referido a si los datos generados por terceros en Internet deben tenerse en cuenta para determinar la identidad digital de las personas. De este tercer grupo de datos cabe también apuntar, por otra parte, que encierra un debate de gran calado, como es el relativo a la legitimación para la delimitación de la identidad o, lo que es lo mismo, a quién debe reconocérsele legitimación y a quién no para definir la identidad de las personas, si solo cada individuo está legitimado para decidir qué forma parte de su identidad y qué no, o, a diferencia de ello, si la consideración que tengan los terceros también debe tenerse en cuenta en la delimitación de la identidad de las personas<sup>82</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, la identidad digital debe referirse al conjunto de signos o rasgos en forma de datos que, por ser propios de cada persona, la caracterizan e individualizan frente a los demás en el entorno digital. Los datos existentes en Internet que sirvan para configurar la identidad digital deben ser únicamente los consustanciales a la persona, aquellos que por pertenecer a su propia

---

útiles para la persona o, con la fuerza de publicidad, para sugerir necesidades inducidas que deben ser satisfechas.

<sup>81</sup> Vid. FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012, p. 127). La «Guía para usuarios: identidad digital y reputación online», del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 2012, p. 5, define la identidad digital como «El conjunto de la información sobre un individuo o una organización expuesta en Internet (datos personales, imágenes, registros, noticias, comentarios, etc.) que conforma una descripción de dicha persona en el plano digital».

<sup>82</sup> A este respecto afirma RODOTÀ (2007, p. 27) que la persona no tiene solo el derecho a ser ella misma, sino también a ser representado en la vida con su verdadera identidad. Surge así, para este autor, el problema de determinar a quién se le reconoce legitimación para decidir qué forma parte de la identidad de la persona y qué no, esto es, si cada persona es la única legitimada para señalar qué forma parte de su identidad (*autorappresentazione*) o si para ello también debe tenerse en cuenta el modo en que cada persona es vista por los demás y de lo que pueden haber dejado constancia en ejercicio de su libertad de opinión y de crítica.

naturaleza y, por lo tanto, ser inseparables de ella, la hagan única y diferente<sup>83</sup>. Esos datos deberán caracterizarse, de una u otra forma, por corresponderse con el modo con el que cada persona entiende su manera de vivir, en cuanto deberán guardar relación directa con la conciencia o idea que ella tenga de sí misma y que la haga distinta de la demás<sup>84</sup>. Entender la identidad digital de esta forma implica admitir, por una parte, que está conformada por algo más que la suma de los datos de identificación de la persona, pero, por otra parte, que no todo dato referido a una persona que exista en Internet conforma su identidad digital.

La identidad digital debe ser entendida como la manifestación de la identidad física y de la identidad intelectual o moral (o ideal, como se designa en Italia) del individuo en el entorno digital, ni más ni menos que esto. Antes que una nueva clase de identidad, la identidad digital supone la manifestación del individuo en un entorno distinto, el digital, frente al que únicamente venía manifestándose hasta ahora, que era el físico o analógico. La identidad digital debe obtenerse a partir de la conjunción de los signos propios en forma de datos de la identidad física (cualquier rasgo que sirva para identificar a la persona en Internet –p. ej., nombre, fecha de nacimiento, DNI, datos biométricos, etc.,–) y de la identidad intelectual, moral o ideal (p. ej., opiniones, ideología o creencias) que existan en Internet. Un elemento común a todos estos datos es que deberán estar vinculados al individuo de manera directa y pertenecer a su identidad de un modo indubitado y consustancial. Se citan la identidad física y la identidad intelectual o moral (ideal), y no otras clases reconocidas de identidad como la sexual o la biológica, porque el ejercicio de estas últimas es propio del entorno físico o analógico, pero no del digital.

En orden a todo ello, los datos existentes en Internet que deberán tenerse en cuenta para conformar la identidad digital serán aquellos que pertenezcan a alguno de estos tres grupos: datos «oficiales» que existan de la persona (entendiendo por tales los así reconocidos por el ordenamiento jurídico: nombre, apellidos, filiación, número del DNI, fecha y lugar de nacimiento, etc.), datos reconocidos auténticamente por la propia persona (ideología, creencias, etc.), con independencia de quién los haya publicado y, finalmente, datos que objetivamente pueda probarse que forman parte de la identidad de la persona (p. ej., pertenencia a asociaciones, interven-

<sup>83</sup> Sobre la consustancialidad de los rasgos afirma LAPORTA (2013, p. 21) que «la identidad de cualquier cosa es también su particular individualidad» y la máxima expresión de la individualización se produce cuando se adscribe el nombre (p. 24).

<sup>84</sup> GIARDINA (*LNGCC*, 2007, p. 63) se refiere a la identidad con la gráfica metáfora de «custodia de la subjetividad».

ciones públicas que reflejen su pensamiento, etc.). Resulta coincidente a estos tres grupos de datos su exactitud y veracidad, bien porque son el resultado de una verdad contrastada, bien porque así se ha reconocido por la persona a quien aluden aunque, eso sí, en este último caso, el reconocimiento deberá venir acompañado de cierta relevancia externa objetiva<sup>85</sup>. A diferencia de lo anterior, no deberán considerarse como elementos integrantes de la identidad de la persona aquellos datos que, habiendo sido generados por terceros, no sean admitidos por la persona afectada, ni se pueda probar objetivamente su certeza<sup>86</sup>.

En lo que respecta al primer grupo de datos, los reconocidos oficialmente por el ordenamiento jurídico (nombre, apellidos, filiación, número del DNI, fecha y lugar de nacimiento, etc.), su inclusión como datos que conforman la identidad digital de las personas viene justificada por ser datos reconocidos oficialmente por el ordenamiento jurídico como elementos integrantes de la identidad de la persona. Dichos datos se caracterizan por ser oponibles *erga omnes*<sup>87</sup>.

El segundo grupo de datos lo conforman aquellos signos o rasgos que son reconocidos como identitarios suyos por la propia persona, si están acompañados de relevancia externa objetiva. La razón que justifica la inclusión de estos datos dentro de los que conforman la identidad digital se fundamenta en la voluntad del propio interesado en que ello efectivamente sea así, demostrándolo con sus actos y comportamientos. El solo deseo del individuo de ser percibido de

<sup>85</sup> Recuérdese como para ALAGNA (1983, p. 163) la identidad personal es la «identidad real proyectada hacia el exterior y reflejada en una imagen que se puede reconstruir a través de los actos y hechos que involucraron a la persona».

<sup>86</sup> Surge así un continuo duelo entre la identidad que se desearía tener y la identidad que la sociedad nos impone. Como señala ALPA (2021, cit., p. 273), la identidad entendida, no como consciencia de uno mismo, sino como proyección del yo hacia el exterior (como se quiere aparecer y ser percibido) y, por tanto, como construcción subjetiva, se opone a la identidad construida desde el exterior, «que se superpone al individuo como cápsula, armadura, prisión». Si bien el autor alude aquí a la identidad que viene dada por pertenecer voluntariamente a un determinado grupo social o comunidad, o a una nación a la que el individuo no se adhiere voluntariamente, cabe entender que estas palabras resultan igualmente de aplicación en todos aquellos casos en los que a una persona se le impone una determinada identidad a partir de lo que los demás puedan haber dicho de ella.

<sup>87</sup> A estos datos se refiere PIÑAR MAÑAS (2018, p. 97) como «identidad formal u oficial, pública», que es la que se define a partir de las circunstancias y del entorno público y reconocible de cada persona. Mantiene este autor que somos quienes somos en virtud de haber nacido con un determinado sexo, en un determinado lugar y en un determinado momento. Se nos atribuye un nombre y se nos van asignando características que van configurando esa identidad pública u oficial, como los apellidos, vivir en un determinado lugar (nuestra dirección), se nos asigna un número identificativo, ocupamos un determinado puesto de trabajo, obtenemos un título, etc.

En lo relativo a los signos de la identidad que son así señalados por cada individuo, señala este mismo autor que, con respecto a ellos, la privacidad asumirá un papel importante, pues permitirá mantener o reivindicar la identidad que realmente se desea mostrar.

determinado modo, si ello va acompañado de relevancia externa objetiva, ya es por sí misma causa bastante para que los signos o rasgos que se corresponden con ese propósito sean tenidos en cuenta a los efectos de conformar su identidad digital y, a este respecto, nada impide que los signos o rasgos por los que se desea ser reconocido se manifiesten, por ejemplo, a través de un *avatar*<sup>88</sup>. Al contrario, la mera voluntad del interesado de ser percibido de un determinado modo no debe considerarse que forma parte de su identidad, si dicha voluntad no va acompañada de relevancia externa objetiva o, directamente, si está en contradicción con los actos y comportamientos que él mismo haya manifestado<sup>89</sup>.

Finalmente, y en relación directa con lo último que se acaba de señalar, la razón que justifica la inclusión del tercer grupo de datos obedece a que, aun siendo datos que no han sido reconocidos oficialmente por el ordenamiento jurídico ni por la propia persona a quien aluden, sin embargo, se ha probado de manera objetiva que guardan relación directa con la identidad de la persona<sup>90</sup>. Probado que un dato que consta en Internet se corresponde realmente con un signo o rasgo de la identidad de una persona (p. ej., datos personales de identificación, opiniones publicadas en chats, foros, etc.), dicha prueba es razón suficiente para que, sin que sea un dato oficial de la administración y

---

<sup>88</sup> Apunta FINOCCHIARO (2010, p. 737) que Internet ofrece un potente instrumento para que se puedan asumir identidades diversas. Es fácil asumir, dice la autora, diversas identidades digitales en redes sociales, en «juegos de rol», en *Second life*, etc, denominándose *avatar* a los personajes o máscaras que se interpretan en estas situaciones.

BARFIELD (*ALR*, 2006, p. 651) define al *avatar* como la simulación de una forma gráfica que representa a una persona en un entorno virtual. Los *avatars* más sofisticados pueden llegar a ser una especie de prótesis visual y cognitiva, representando una extensión de la persona en el mundo virtual, o lo que la persona desearía ser, o cómo le gustaría aparecer en el mundo virtual. Los *avatars* virtuales también pueden representar las acciones de un usuario, diferentes aspectos de su personalidad o el *estatus social* del usuario en el entorno virtual.

Ante la pregunta que puede surgir en estos casos relativa a si el *avatar* forma parte de la identidad de la persona y a si una lesión de aquello que representa el *avatar* implica lesionar la identidad digital de la persona debe responderse, en el mismo sentido que lo hace FINOCCHIARO, que la lesión del derecho a la identidad digital del creador del *avatar* acontecerá solo cuando pueda probarse una vinculación efectiva entre este y aquel, en el sentido de que pueda demostrarse que el *avatar* es expresión de la identidad de su creador. En caso contrario podrá verificarse una lesión (p. ej., derechos de autor), pero no reconducible al derecho a la identidad.

<sup>89</sup> Para TOMMASINI (1981, p. 86) el sujeto no puede pretender la garantía de una identidad artificial o irreal que él haya construido en un cierto ambiente social en un momento histórico dado. Al sujeto se le atribuye el derecho a no ver turbada la proyección externa de su propia personalidad o identidad siempre que esta se corresponda perfectamente con la realidad de sus valores individuales representados en el complejo de las acciones propias como sujeto individual o como miembro de un grupo.

<sup>90</sup> En muchas ocasiones será difícil conocer con exactitud si un dato que aparece en Internet realmente refleja la identidad de su titular o no, por lo complicado que será asegurar la exactitud de tal dato. Justamente esto constituye una diferencia notable entre el entorno virtual y el entorno real, y ello aunque solo sea porque, como ya se ha mencionado anteriormente, en este último entorno el acceso de los terceros a la creación de datos referidos a la identidad de otros es mucho más limitada.

con independencia de que la persona a quien alude lo admita o no como cierto, conste válidamente como un componente de su identidad digital. Los hechos probados deben prevalecer sobre la declaración de cualquier interesado y el derecho que debe reconocerse a toda persona a decidir cómo proyecta su propia identidad no alcanza a que, con posterioridad a haberla manifestado, pretenda «reescribirla». Si una persona ha hecho público un signo o rasgo de su identidad (p. ej., creencias, ideología, etc.), no caben censuras retrospectivas posteriores con la finalidad de pretender reescribir la historia personal a su gusto, alegando para ello, por ejemplo, que ahora «piensa de modo distinto a como lo hacía de antes». No existe problema en mudar de pensamiento, ideología, creencias, etc., tantas veces como se desee, lo que no es posible es pretender eliminar que hubo un tiempo que se pensó de manera distinta, ni reescribir un pasado que, en este caso, sería tanto como reescribir la identidad. En la exactitud de los signos o rasgos que conforman la identidad, además de un interés indudable por parte de la persona a quien aluden (que, sin duda alguna, desea ser reconocido efectivamente como es y sin distorsión alguna), existe igualmente un claro interés público, pues la exactitud de los datos de identidad de la persona constituye una fuente importante para que los demás puedan formarse una opinión fundada de la persona. Aparte de ello, el interés público se advierte también si, gozando de relevancia pública la persona, esta puede ser objeto de cualquier tipo de interés informativo o investigación histórica<sup>91</sup>.

Expuestos los datos que han de ser tenidos en cuenta para conformar la identidad digital de la persona existen, por el contrario, otra serie de ellos que no deben ser tomados en cuenta. Aquí se encuentra, por ejemplo:

a) Las opiniones que los terceros expresen en Internet sobre una persona. Las opiniones de los terceros no deben considerarse al definir la identidad digital de una persona por ser pensamientos

---

<sup>91</sup> De alguna manera, esto debe entenderse en un sentido parecido a como se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de octubre de 2015 con respecto al derecho al olvido (RJA 2015\4417, Saraza Jimena). Señala el tribunal que las relaciones sociales se basan en buena medida en la información que tenemos de los demás, y el capital moral con que cuenta cada persona depende, en parte, del grado de confianza que inspire su trayectoria vital. Es por esto que el llamado «derecho al olvido digital» no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, «posicionando» a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país. Véase, en este mismo sentido, PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 96.

subjetivos que reflejan la visión que esos terceros tienen de la persona a quien van dirigidas y que, por lo tanto, pueden no coincidir efectivamente con signos o rasgos consustanciales o inherentes de la identidad de la persona a la que están referidas<sup>92</sup>. Las opiniones que los terceros expresen en Internet acerca de una persona podrán tener incidencia en lo que se está viniendo en llamar la «reputación *on line*», entendiendo por tal la consideración que se tiene de alguien a partir de la opinión que los demás muestran de él en Internet, pero no deben considerarse a los efectos de delimitar la identidad digital<sup>93</sup>.

Tan solo en el supuesto de que las opiniones de los terceros sean reconocidas por la persona a quien van referidas o cuando se prueben que son ciertas deberán tenerse en cuenta para conformar la identidad digital, ya que, aunque provengan de terceros, son signos o rasgos de la identidad reconocidos como tales por la persona a quien aluden o sobre los que se ha probado objetivamente su veracidad<sup>94</sup>.

b) Los perfiles que se hayan elaborado a partir del tratamiento de datos personales para la posterior toma de decisiones automatizadas<sup>95</sup>. Los datos tratados para la elaboración del perfil pueden no corresponderse con signos o rasgos verdaderos de la

---

<sup>92</sup> Piénsese que la identidad de la persona se va definiendo con el discurrir del tiempo y desde un ejercicio de autodeterminación de la persona. Si se admitiera que la opinión de los demás también conforma la identidad, la delimitación de la identidad de la persona sería heterónoma y esto, como señala PIÑAR MAÑAS, unido al poder del que gozan los algoritmos para perfilar orientativamente la identidad de las personas, pone directamente en cuestión incluso el derecho al libre desarrollo de la personalidad (*Vid.* PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 103).

Es por ello que ha de considerarse un acierto de la Carta de los Derechos Digitales que en el punto en el que se reconoce el derecho a la identidad en el entorno digital, en su apartado segundo, se reconozca el derecho de toda persona a la gestión de la propia identidad cuando se señala que «debe garantizarse, con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la gestión de la propia identidad, sus atributos y acreditaciones. Consecuentemente, la identidad no podrá ser controlada, manipulada o suplantada por terceros contra la voluntad de la persona».

<sup>93</sup> En la «Guía para usuarios: identidad digital y reputación *online*», del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 2012, p. 5, se define la reputación *on line* como «la opinión o consideración social que otros usuarios tienen de la vivencia *on line* de una persona o de una organización». Como se afirma en la Guía, la identidad digital y la reputación *on line* son conceptos estrechamente relacionados. La identidad es lo que yo soy, o pretendo ser, o creo que soy, mientras que la reputación es la opinión que otros tienen de mí.

Aun partiendo de que la identidad y la reputación *on line* aluden cuestiones distintas, para FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012, p. 128) la reputación *on line* forma parte esencial de la identidad, porque la reputación *on line* afecta de forma directa a la identidad y no es accesoria ni prescindible para comprender a la persona en su conjunto.

<sup>94</sup> Que las opiniones de los terceros no deban considerarse para configurar la identidad digital de una persona no significa, como se verá en epígrafes posteriores, que la identidad de la persona (p. ej., todo lo relativo a su pensamiento) no merezca protección frente a vulneraciones provenientes de la publicación en Internet de opiniones de terceros.

<sup>95</sup> Adviértase que en estos casos el titular de los datos deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de dichas decisiones individuales automatizadas adopta-

identidad de la persona a quien aluden, entre otras razones, por ejemplo, por el carácter ocasional que puede presentar alguno de ellos (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el dato que se haya tenido en cuenta sea el referido a la única ocasión en la que la persona a la que aluden incurrió en mora), por no estar lo suficientemente contrastados (la persona a la que aluden los facilita bajo error o la base de datos de la que se obtienen contiene errores), por ser tendenciosos, etc.

Es más, la adopción de decisiones o medidas automatizadas se sitúa justamente en el plano opuesto a la identidad digital. La identidad digital constituye la individualización y diferenciación del individuo en el entorno digital sustentada sobre signos o rasgos del sujeto indudablemente contrastados como partes integrante de su identidad, mientras que en la elaboración de este tipo de perfiles a partir de sistemas automatizados se utilizan datos aislados o parciales del individuo que pueden no reflejar de modo fidedigno su identidad. Por así decirlo, estos perfiles vienen a representar una objetivización «matemática» (si se permite la expresión) del individuo, frente a la identidad digital que busca la máxima subjetivización del individuo.

c) Las acciones que una persona haya llevado a cabo en Internet (p. ej., historial de visitas de páginas web, hábitos de compra, etc.) tampoco deberán considerarse necesariamente al conformar la identidad digital, ya que dichas acciones pueden reflejar comportamientos que no se correspondan con signos o rasgos consustanciales a su persona.

De igual manera que todas y cada una de las acciones que cualquiera de nosotros realizamos en el entorno real, físico o analógico no deben considerarse parte integrante de nuestra identidad, lo mismo ha de ocurrir en el entorno digital. En este sentido, por ejemplo, por el hecho de que una persona visite cierta página web de una concreta ideología política ello no significa que esa persona comparta esa ideología política, ni que esa ideología política sea un rasgo consustancial de su identidad. La persona puede haber visitado la página web inconscientemente o por simple curiosidad y no por afinidad con su ideología política.

---

das a partir del perfil previamente elaborado y que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar (arts. 11 LOPD y 22 RGPD).

En correspondencia con lo anterior, en la Carta de Derechos Digitales se reconoce el derecho de la persona a no ser localizada y perfilada indicando que «la localización y los sistemas de análisis de personalidad o conducta que impliquen la toma de decisiones automatizadas o el perfilado de individuos o grupos de individuos, únicamente podrán realizarse en los casos permitidos por la normativa vigente y con las garantías adecuadas en ella dispuestas». Sobre los problemas que acarrea la geolocalización puede verse BATUECAS CALETRÍO, *DPC*, 2015, pp. 47-82.

Hacer identitaria de una persona cualquier acción que realice en Internet puede dar lugar a un resultado antagónico de lo que se persigue con la identidad, desde el momento que la acción concreta puede ser en verdad contraria a su identidad ideal (p. ej., la persona puede visitar la página web de ideología diversa a la suya para un mejor conocimiento al tiempo de argumentar en contrario)<sup>96</sup>.

Siendo lo anterior la regla general, sin embargo, excepcionalmente, las acciones que una persona lleve a cabo en Internet (como en el entorno real) deberán considerarse al conformar la identidad digital si van acompañadas de algún otro elemento que justifique que esto sea así, como puede ser, por ejemplo, la frecuencia con la que realiza una acción o que pueda demostrarse por otro medio que esa acción, efectivamente, es un signo claro de su identidad<sup>97</sup>. Las acciones o comportamientos de una persona, como su ideología o creencias, deben encuadrarse dentro de la identidad intelectual o moral (ideal).

d) Con respecto a los hábitos de compra, fácilmente comprobables a partir de las operaciones económicas realizadas por medios electrónicos, Alpa señala que de ellos podrá deducirse una «identidad comercial virtual» (*transaction identity*), pero diferente de la identidad digital<sup>98</sup>. Para este autor, los hábitos de compra darán lugar al nacimiento de una nueva clase o especie dentro del género de la identidad, pero sin que ello implique su confusión con la identidad digital. La identidad comercial virtual es una identidad no necesariamente coincidente con los datos de la identidad física («anagráfica») del sujeto que constan en el Registro Civil (nombre, apellidos, DNI, fecha de nacimiento, etc.). A la identidad comercial virtual se accede por parte del interesado mediante la identificación

<sup>96</sup> El total de las acciones que la persona lleva a cabo en Internet puede servir para conformar lo que se está dando en llamar la «huella digital», pero no, como se señala, para determinar su identidad digital. El término «huella digital» hace referencia al rastro que deja una persona en Internet a partir de todos y cada uno de los accesos que ha realizado a la red, y para lo que resultan de especial utilidad las «cookies». La «huella digital» ofrece información sobre las actuaciones que ha llevado a cabo una persona en Internet, pero no necesariamente sobre su identidad. *Vid.* SOLÉ RESINA, ADC, 2018, pp. 418-419, aunque adviértase que para esta autora la suma de toda la información que conforma la «huella digital» configura la identidad digital.

<sup>97</sup> Por ejemplo, que una persona visite la página web de un periódico extranjero, tomado aisladamente, no debe ser un dato a considerar para conformar la identidad digital. Sin embargo, si puede probarse que la persona ha tenido la costumbre durante toda su vida de leer vía web prensa extranjera todos los fines de semana, puede concluirse que la lectura de prensa extranjera ha sido un signo de su identidad.

<sup>98</sup> En cualquier caso, afirma ALPA (2017, p. 726) que, aun admitiendo que la «identidad comercial virtual» puede ser fruto de la imaginación y, por lo tanto, de una voluntad realmente no deseada por el interesado, también deviene merecedora de protección frente a hurtos o malversaciones cometidas en el mundo virtual y de los que resultan afectados titulares de cuentas corrientes, tarjetas de crédito y de débito, o cualquier tipo de tarjeta que legitima la adquisición de bienes y servicios.

consignada en el sitio web, por medio de un usuario (y que puede coincidir con la identidad de ese sujeto que consta en el Registro Civil o ser un seudónimo) y una contraseña, mientras que la identidad digital debe coincidir con los datos de identidad física del sujeto que constan en el Registro Civil.

Si se atiende a la realidad actual, en la que a través de los dispositivos electrónicos de todo tipo (ordenadores, *tablets*, *Smartphone*, etc.) nos llegan a diario ofertas o invitaciones a contratar a través de anuncios dirigidos y personalizados a partir de las últimas búsquedas que hemos realizado en Internet, parece evidente que la identidad comercial virtual desempeñará un rol importante en el futuro, que también ha venido para quedarse y que acusa sus propias problemáticas (por ejemplo, la recogida de los datos a partir de los cuales se dirigen después a los usuarios los anuncios, la creación de los perfiles de los usuarios, el tratamiento de los datos de los usuarios, etc.). Si ello finalmente termina siendo así, ya de inicio surgirán dos problemas claros en lo que al Derecho español respecta. En primer lugar, será preciso definir el concepto «identidad comercial virtual» cuando todavía no se ha hecho lo propio con aquel que le resulta más próximo (identidad digital) ni, a mayores, con el concepto matriz del que derivan estos dos (identidad, en general)<sup>99</sup>. El segundo problema consiste en que habrá que decidir si la identidad comercial virtual requiere de una normativa *ad hoc* o si puede resultarle de aplicación la normativa de la identidad digital.

De todo lo anterior es posible deducir que la particularidad de la identidad digital no radica en presentar un contenido propio y característico distinto del de otras especies que componen el género de la identidad (la identidad física, la identidad ideal, la identidad sexual o la identidad biológica), sino simplemente en que esta (estando compuesta por los signos o rasgos propios de algunas de esas especies de identidad) se proyecta en un entorno nuevo, el digital, que es diferente al único entorno existente en el que se han venido manifestando las clases de identidad hasta ahora reconocidas (el entorno real, físico o analógico). Cabe apuntar a este respecto que si tradicionalmente el hecho que ha determinado el reconocimiento de clases o especies de identidad ha sido el contenido diferente que justificaba a cada

---

<sup>99</sup> Y esto supone, ni más ni menos, que nos esperan tiempos de largos debates relativos a qué debe entenderse por identidad (véase que esto es algo recurrente una y otra vez), pues, como certeramente escribe ZATTI (2007, p. 2), «(después de lo discutido hasta ahora –esto es nuestro–) todavía nada deviene más discutido, más incierto, más misterioso que el concepto de identidad».

una de ellas<sup>100</sup>, con la identidad digital no es así, y no es el contenido, sino el entorno nuevo en el que se proyecta (el digital), lo que determinará su reconocimiento (como nueva especie dentro de la identidad).

Aunque es muy probable que en el futuro la identidad digital va a terminar siendo considerada una nueva especie dentro del género de la identidad, en puridad no debiera ser así, y el calificativo «digital» de la expresión «identidad digital» debiera entenderse referido al medio o entorno en el que se exterioriza la identidad y no a una nueva clase dentro de ella.

En suma, la identidad digital no es más que el reconocimiento de la individualidad del sujeto en Internet, pues los datos que se utilizarán para conformar la identidad digital son reconducibles a signos o rasgos de la identidad física o de la identidad ideal<sup>101</sup>. La manifestación de la identidad del individuo en el entorno digital se lleva a cabo mediante el ejercicio de derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, el derecho a la propia imagen, el derecho a la libertad, etc. Cuando deba valorarse si determinado dato de una persona que consta en Internet debe considerarse o no parte integrante de su identidad, el elemento al que hay que atender será a su veracidad, y no a otro, y en esto la identidad digital no se diferencia de ninguna otra clase o especie de identidad. En este sentido, es relativamente común que las personas creen perfiles en Internet con datos que puedan no coincidir con los rasgos de su identidad que han manifestado en el entorno real (piénsese, por ejemplo, que alguien de ideología pública y manifiesta de un determinado partido político creara un perfil suyo en Internet en el que se define con una ideología totalmente distinta). En estos casos bastará con probar que los datos existentes en Internet son fingidos para que no se tengan en cuenta al conformar la identidad digital de la persona. Si no existe posibilidad de llegar a probar cuáles de los signos o rasgos de la identidad del individuo son los reales (si los manifestados en el entorno real o los manifestados en Internet), entonces ni unos ni otros podrán adscribirse a la identidad de la persona.

---

<sup>100</sup> En la identidad física, los rasgos inmutables del cuerpo; en la llamada identidad ideal, la opinión, ideología, creencias o pensamientos; en la identidad sexual, el sexo y la orientación sexual; en la identidad biológica, los genes.

<sup>101</sup> En este mismo sentido, FERNÁNDEZ BURGUEÑO (2012, p. 127) mantiene que «la identidad digital es la expresión electrónica del conjunto de rasgos con los que una persona, física o jurídica, se individualiza frente a los demás». En sentido contrario, parece que se pronuncia PIÑAR MAÑAS (2018, p. 103), para quien la convivencia de un entorno físico y un entorno digital puede dar lugar a una diversidad de identidades.

## VI. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD Y DE LA IDENTIDAD DIGITAL

Por razones de lógica jurídica, cualquier medida de protección jurídica que se proponga para la identidad digital debe guardar relación con las que, en un marco más general, se reconozcan para la identidad (en general, como género).

Es por ello que, previamente a analizar las medidas de protección que debieran reconocerse específicamente ante vulneraciones de la identidad digital, se expondrán acaso brevemente las medidas de protección que debieran reconocerse en un marco más general para el derecho a la identidad, si es que este derecho finalmente llega a gozar algún día de pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. Esto último que se apunta obliga a que las consideraciones que se harán a continuación sobre la protección jurídica de la identidad y de la identidad digital deban entenderse *lege ferenda*.

### 1. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD

Una consecuencia que emanaría de reconocer el derecho a la identidad como un derecho autónomo (diferente de otros con los que puede guardar una relación cercana como, por ejemplo, el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, el derecho al nombre o el derecho a la protección de datos personales) es que su específico reconocimiento dotaría de una protección *ad hoc* a este derecho. Caso de no ser así, si el derecho a la identidad no se reconociera como un derecho autónomo, la única protección que podrá recibir la persona que sea objeto de vulneraciones en su identidad será indirecta e instrumental, a través de los medios de protección ya reconocidos para esos otros derechos que sí gozan de reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico<sup>102</sup>. Para ello, la agresión, además de vulnerar la identidad de la persona, debiera conllevar al mismo tiempo una vulneración de alguno de esos otros derechos que sí están contemplados en el ordenamiento jurídico, que es justamente lo que está ocurriendo en este momento en el Derecho español.

Con independencia de que una vulneración de la identidad pueda dar lugar a responsabilidad penal, lo que acontecerá siempre que la conducta con la que se produce la agresión sea constitutiva de delito (p. ej., injurias, calumnias, etc.), un buen sistema de protección jurídica del derecho a la identidad exigirá el reconocimiento de instru-

<sup>102</sup> Vid. FERNÁNDEZ BURGUEÑO, 2012, p. 128.

mentos jurídicos de protección propios del Derecho privado, que se unan a los que existan en el Derecho público. En concreto, caso de que el derecho a la identidad llegara a ser finalmente reconocido, la protección jurídica que debiera reconocérsele a este derecho desde el ámbito del Derecho privado debiera proveer a las personas, al menos, de los siguientes instrumentos de defensa:

En primer lugar, al titular del derecho debiera reconocérsele la posibilidad de ejercitar acciones civiles que tuvieran por objeto obtener una «declaración de vulneración de su identidad, el cese inmediato de la misma, el restablecimiento al perjudicado del pleno disfrute de sus derechos y el resarcimiento de los daños producidos». Como puede comprobarse, nos encontramos aquí ante un sistema de protección que pretende ser lo más completo posible<sup>103</sup>.

Complemento de lo anterior, la ley debiera reconocerle a la persona que ha visto vulnerada su identidad la posibilidad de ejercitar un «derecho de rectificación» semejante al que se reconoce en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, frente a informaciones difundidas por medios de comunicación<sup>104</sup>. A tales efectos, adviértase que el artículo 6.4 de esta ley ya propugna que el ejercicio del procedimiento de rectificación no es incompatible con el de las acciones penales o civiles que puedan asistir al perjudicado. Ello es así porque, vulnerada la identidad de una persona, el interés primero de esta consistirá en rectificar o poner en claro aquello que altera su identidad, a fin de que no se propague una visión de su personalidad que no se corresponde con la real. El reconocimiento de un derecho como este en el ámbito de la identidad le permitirá a la persona proteger su propia personalidad, en el sentido de que podrá restablecer la verdad hasta donde haya sido deformada, así como tratar de impedir posteriores difusiones en las que conste una atribución no verdadera de hechos o pensamientos<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> En todo caso, como apunta ALPA (2021, p. 253), un sistema de protección que vaya más allá del medio de defensa «tardío e incierto del resarcimiento del daño, del todo inadecuado para remediar la lesión perpetrada».

<sup>104</sup> Vid. MARTÍNEZ CALVO (*RDC*, 2020, p. 146), para quien nada impide que el derecho de rectificación pueda ejercerse en defensa de otros derechos, aparte del derecho al honor, ya que el derecho de rectificación se caracteriza por ser un derecho «instrumental» para mejor defensa de otros derechos.

Para TOMMASINI (1981, p. 83), la representación no fiel de la persona y de su verdad individual hace surgir el derecho del sujeto a la cesación del hecho lesivo y al cumplimiento de todos los actos idóneos a restablecer la verdad personal (rectificación, eliminación de la fuente con la que se adultera la identidad, resarcimiento del daño).

<sup>105</sup> Vid. Sentencia de la Corte Suprema de Italia, de 7 de diciembre de 1960, núm. 3199 (publicada en *Il Foro Italiano*, 1961, I, pp. 43 y ss).

Como mantiene PARDOLESI (*FI*, 1980, p. 2046), nos encontramos aquí ante un escenario en el que se pretende reconocer a cualquier persona el derecho a que no se le atribuya, salvo autorización suya, aquello que no ha dicho o hecho (y ello con independencia de la circunstancia de que el contenido deba considerarse lesivo del honor).

El reconocimiento de un derecho de rectificación en casos de vulneración de la identidad encuentra su justificación en que también aquí cumple idéntica finalidad correctora que la que se reconoce en la Ley Orgánica 2/1984, al enmendarse con su ejercicio hechos que aluden a una persona y que, por considerarse inexactos, su divulgación puede ocasionarle un perjuicio (art. 1 Ley Orgánica 2/1984)<sup>106</sup>. En tal sentido, en la STC 168/1986, de 22 de diciembre, se define el derecho de rectificación como la «facultad otorgada a toda persona, natural o jurídica, de rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio»<sup>107</sup>. Un motivo que explica la existencia de un derecho como este es que, en la medida de lo posible, debe

<sup>106</sup> Si bien es cierto que la Ley Orgánica 2/1984 centra su aplicación en los medios de comunicación por el poder difusor que estos desempeñan en la transmisión de la información, dependiendo del concepto que se tenga de Internet, si como medio de comunicación o no, bastará con extender el derecho de rectificación ya reconocido en la Ley Orgánica 2/1984: si Internet se considera un medio de comunicación, el derecho de rectificación ya regulado en esta ley orgánica le resultaría de aplicación. Por el contrario, si Internet no se considera un medio de comunicación, sería preciso reconocer expresamente un derecho de rectificación para las vulneraciones de la identidad. Bajo nuestro punto de vista, Internet actúa como un medio de comunicación en alguna de sus aplicaciones (p. ej., todas las aplicaciones en línea de tv, radio, prensa escrita, etc.), pero no en otras (correo electrónico, foros o chats privados, etc.), lo que debiera obligar a un reconocimiento expreso del derecho de rectificación para el supuesto de las vulneraciones de la identidad.

En Italia, los tribunales se han negado a aplicar el derecho de rectificación (consagrado en el artículo 8 de la ley de prensa –Ley 47/1948–) a las vulneraciones de la identidad personal provenientes de difusiones de información en pasquines o libros. La razón en la que fundamentan la decisión es que la aplicación de dicho artículo procede únicamente ante informaciones publicadas en periódicos, revistas y agencias de prensa (en suma, medios de comunicación). Ante tal eventualidad, los tribunales italianos han venido optando por aplicar la medida atípica de que, cuando se vulnera la identidad de una persona a través de informaciones publicadas en libros o pasquines, se publique en periódicos con gran difusión (en el lugar en el que se desenvuelve el sujeto lesionado y a cargo del demandado) un comunicado en el que se dé cuenta del error cometido (se habla de medida atípica porque este tipo de publicaciones se prevé en el ordenamiento jurídico italiano únicamente con respecto a las sentencias y solo como medio de resarcimiento del daño –a semejanza de nuestro art. 9.2.a) de la Ley 1/1982–). Esta solución se viene calificando en los distintos fallos jurisprudenciales italianos como «medida cautelar de urgencia», aprovechando que la legislación italiana no prohíbe el uso de este tipo de publicaciones siquiera como medida de precaución, unido todo ello a que, en la mayoría de las ocasiones, es el único medio con el que es posible evitar una mayor extensión o agravamiento del perjuicio (Vid. la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1974, núm. 225, –publicada en *Il Foro Italiano*, 1974, I, pp. 1945 ss.–, las *ordinanze* –son varias– del Pretor de Roma, de 2 de junio de 1980 –publicadas en *Il Foro Italiano*, 1980, I, pp. 2046 ss.–, la *ordinanza* del Pretor de Roma, de 11 de mayo de 1981 –publicada en *Il Foro Italiano*, 1981, I, pp. 1737 ss.–, y la *ordinanza* del Pretor de Varese de 22 de junio de 1986 –publicada en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, pp. 553 ss.–).

Esta medida atípica, en palabras de D'ANGELO (*GI*, 1975, p. 514), «permite una hipótesis de lesión que no contempla el artículo 8 de la Ley de prensa», pues resulta de aplicación también para publicaciones no periódicas, al tiempo que el comunicado que se publica «no es expresión de la reacción subjetiva del lesionado, sino que deriva de una apreciación judicial, si bien sumaria, por lo que tiene un mayor potencial persuasivo y, por tanto, reparador».

<sup>107</sup> Vid. STC 168/1986, 22 diciembre (RTC 1986\168, Leguina Villa).

evitarse que la información incorrecta persista en el tiempo, ampliando sus efectos perjudiciales hasta que, tras un proceso judicial más o menos largo, se obligue a su eliminación, a lo peor cuando ya los males son irreparables.

El perjuicio al que se alude en el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984 debe presumirse siempre en este caso, pues tan incorrecto es a estos efectos lo falso, como lo son las «medias verdades». Es más, el perjuicio se producirá incluso cuando la vulneración de la identidad de la persona venga motivada por alteraciones positivas (enaltecimientos, honras o elogios) de la persona, ya que, aun siendo «para bien», la distorsión de la identidad de la persona se produce igualmente y también con ello se está afectando la sustancia de la personalidad individual<sup>108</sup>.

La particularidad que presentaría aquí el reconocimiento del derecho de rectificación es que su ejercicio procedería incluso aun cuando la información se difundiera por vías distintas a los medios de comunicación (por ejemplo, libros, filmaciones, folletos, etc). Siendo esto así, en los casos en que el derecho de rectificación se ejercitara por divulgación de información a través de canales distintos de los medios de comunicación, la medida a adoptar podría consistir en la publicación de la rectificación en cualquier medio útil que otorgue la mayor difusión posible. Si la vulneración de la identidad se materializó por medios de comunicación, el mensaje en el que se rectifique la información debe hacerse en las mismas condiciones en las que esta fue ofrecida inicialmente (en un espacio, ubicación y formato similar al que se ofreció la información incorrecta), lo que supone finalmente que una medida de este tipo conllevará un claro efecto sancionador nada despreciable vinculado al descrédito que con ella experimentará el autor de la lesión<sup>109</sup>.

Como la vulneración de la identidad puede producirse resultado del ejercicio del derecho a difundir libremente información o del derecho a la libertad de expresión, garantizados ambos en el artículo 20 CE, lo que determinará en estos casos la procedencia del derecho de rectificación será que la información o las ideas contenidas en la información o en la expresión se basen en hechos falsos o inexactos<sup>110</sup>. En concreto, si se constata que los hechos relativos a la identidad de la persona a los que se hace referencia son falsos o inexac-

<sup>108</sup> Vid. FIGONE, 1985, p. 974.

<sup>109</sup> Vid. D'ANGELO, *GI*, 1975, p. 518.

<sup>110</sup> Y especialmente cautelosos deberán ser los tribunales en la ponderación entre el derecho de información y el derecho a la identidad, «por ser la prensa el principal garante de la información como base para la formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político» (Vid. GRIMALT SERVERA, 2020, p.333, refiriéndose a la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante la vulneración del derecho al honor, intimidad y propia imagen por parte de los medios de comunicación).

tos, procederá la rectificación, mientras que si se prueba que los hechos son ciertos no procederá la rectificación<sup>111</sup>. La rectificación deberá solicitarse exclusivamente sobre los hechos relativos a signos o rasgos de la identidad que se consideren falsos o inexactos por la persona a quien aluden, sin que pueda solicitarse sobre el contenido de la información, a fin de no limitar con ello el derecho de información o la libertad de expresión<sup>112</sup>. El reconocimiento que se hace en la Constitución del derecho a difundir libremente información y del derecho a manifestar libremente la expresión no es escudo suficiente para tergiversar de un modo objetivo e inequívoco la realidad y, con ello, la identidad de una persona<sup>113</sup>.

A semejanza de lo establecido en el la Ley Orgánica 2/1984, también en este caso el procedimiento podría constar de dos fases, una extrajudicial y otra judicial. Una primera fase extrajudicial se desarrollaría ante el titular de la fuente en la que se hubiera publicado la información que vulnera la identidad de la persona y, caso de que este no atendiera la petición, la segunda sería ya ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona a la que alude la información. La primera se llevaría a efecto mediante la remisión de una comunicación al titular de la fuente en la que se ha producido la vulneración de la identidad de la persona. Se solicitará la rectificación, indicando la información inexacta con la que se está vulnerando la identidad, solicitud a la que tendrá que atender

---

<sup>111</sup> Como puede verse en la STC 168/1986 de 22 diciembre (RTC 1986\168, Leguina Villa), el ejercicio del derecho de rectificación no exige que los hechos denunciados sean inexactos o incompletos (lo que implica objetividad), sino simplemente que la persona a quien aluden considere que lo son (lo que supone subjetividad). Véase también las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 30 de diciembre de 2016 (AC 2017\988) y 26 de septiembre de 2017 (AC 2017\1664), Madrid de 19 de enero de 2017 (JUR 2017\61260) y Toledo de 8 de mayo de 2019 (AC 2019\1098). Para el Derecho italiano, *Vid.* PINO, 2005, pp. 390-391.

<sup>112</sup> *Vid.* STC 51/2007, de 12 de marzo (RTC 2007/51, Rodríguez Arribas). Otras sentencias en las que también se mantiene esta misma línea jurisprudencial son, por ejemplo, SAP de Madrid de 29 de enero de 2015 (JUR 2015\87609) y de 6 de julio de 2017 (AC 2017\1200) o SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2016 (AC 2017\988).

<sup>113</sup> *Vid.* PARDOLESI (1980, p. 1739) y PONZANELLI (*GI*, 1981, pp. 373 ss.).

En lo relativo a la coordinación que debe existir entre el derecho a la identidad personal y el derecho de información, la *ordinanza* del Pretor de Roma de 11 de mayo de 1981 (publicada en *Il Foro Italiano*, 1981, I, pp. 1737 ss.) concluye que la aplicación de las normas relativas a la protección de la persona (dentro de las cuáles podría situarse el derecho de rectificación al que aquí se está haciendo referencia) deberá coordinarse con las orientadas a garantizar la libertad de información, igualmente garantizada en la Constitución Italiana. A tal efecto, podrá entenderse violado el derecho a la identidad personal solo si se superan los límites del derecho a la información y, en particular, cuando la información consista en alteraciones objetivas de la realidad. Sobre esta cuestión pueden verse también la *ordinanza* del Pretor de Turín de 30 de mayo de 1979 (publicada en *Giustizia Civile*, 1980, I, pp. 965 ss.).

Por lo que respecta a la aplicación del derecho a la identidad personal con el derecho a la libertad de expresión, y a cómo el derecho a la identidad personal no operará cuando las ideas manifestadas a través del ejercicio del derecho de libertad de expresión se refieran a hechos o circunstancias fielmente denunciados, puede verse FIGONE (1985, p. 535).

el titular de la fuente en la que se comunica la información en un plazo de tiempo más o menos breve, con el propósito de que la difusión de la información inexacta o incorrecta ocasione el menor daño posible. Si el titular de la fuente en la que se ha divulgado la información no atiende la petición o manifiesta que no lo hará, entonces procedería el ejercicio judicial del derecho de rectificación. Tanto una fase como la otra deberán caracterizarse por su sencillez y brevedad, si se quiere que la rectificación sea efectiva, teniendo en cuenta que en este tipo de casos procederá en ocasiones tomar decisiones de urgencia si no se desea causar un daño irreparable<sup>114</sup>.

En un buen número de ocasiones, el simple ejercicio del derecho de rectificación, al tiempo que permite corregir el error advertido, desplegará efectos semejantes al cese inmediato de la intromisión que se contempla en el artículo 9.2.a) de la LODHIPI para el supuesto de intromisión ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Como señala D'angelo, la indemnización económica *per se* puede resultar inadecuada con respecto a la satisfacción del interés del lesionado, ya que un «consuelo» económico puede no considerarse satisfactorio, llevando ello a que deba buscarse el cese de la lesión o, una vez perpetrada esta, la reparación de la misma en términos de restitución moral, como lo sería la publicación de una rectificación, y no de cantidad monetaria<sup>115</sup>.

Unas consideraciones especiales merece la «indemnización por daños y perjuicios» que debiera llevar reconocida la vulneración de este derecho. La indemnización de daños y perjuicios ante vulneraciones de la identidad debe ubicarse en el mismo ámbito en el que se sitúa el reconocimiento de la indemnización de daños y perjuicios cuando se producen vulneraciones de derechos de la personalidad. Por ser la identidad un bien inmaterial, la valoración o cuan-

---

<sup>114</sup> Véase la *ordinanza* del Pretor de Turín de 30 de mayo de 1979 (publicada en *Giustizia Civile*, 1980, I, p. 966) en la que se aborda el caso de una persona que solicita que se retiren unos pasquines que hacen referencia a un candidato en unas elecciones, cuando las elecciones son inminentes.

<sup>115</sup> *Vid.* D'ANGELO, *GI*, 1975, p. 516. En el mismo sentido, en la *ordinanza* del Pretor de Turín, de 30 de mayo de 1979 (publicada en *Giustizia Civile*, 1980, I, p. 965) se indica que, desde el punto de vista del sujeto lesionado, la indemnización por el daño causado puede ser en ocasiones poco satisfactoria, debiendo buscarse, aparte de esto, un cese efectivo del daño y, en todo caso, una satisfacción «moral» más que una reparación «pecuniaria» específica.

En el ordenamiento jurídico italiano, ante la vulneración del derecho al nombre, de la imagen o del derecho de autor, es posible ejercitar ante los tribunales la llamada «acción inhibitoria», cuya finalidad esencial es poner fin a la acción con la que se están vulnerando estos derechos. Sobre esta cuestión puede verse la sentencia del Tribunal de Milán de 19 de junio de 1980 (publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1981, 2, pp. 373 ss.).

tificación del daño no es fácil, siendo labor de los jueces hacer dicha estimación según su propio criterio<sup>116</sup>.

En cualquier caso, si la persona afectada por la vulneración de la identidad puede probar algún tipo de daño patrimonial en forma de daño emergente o lucro cesante tendrá derecho a la indemnización de dichos daños (por ejemplo, la difusión de la información inexacta relativa a su identidad le ha acarreado perjuicios económicos en forma de imposibilidad de ejercicio de una profesión, o de pérdida de contratos ya perfeccionados o la no perfección de otros nuevos)<sup>117</sup>. Se plantea aquí un problema de prueba, que es más fácil en el caso del daño emergente que en el del lucro cesante, visto el recelo generalizado con el que se contemplan por parte de los tribunales los «sueños de ganancia», íntimamente ligados a ganancias inseguras o inciertas, dudosas, o solo posibles o aleatorias<sup>118</sup>. Podría tener sentido incluir junto al daño emergente y al lucro cesante la pérdida de oportunidad que hubiera podido experimentar el lesionado con la difusión de la información inexacta, aspecto este que resultará a valorar también por el propio juzgador. En la práctica, la reclamación de una indemnización en concepto de alguno de estos daños procederá en casos excepcionales, siendo coincidente a todos ellos un evidente problema de prueba.

Menores problemas debiera plantear el reconocimiento de la indemnización de daños y perjuicios por daños morales, coincidiendo en este punto con lo ya establecido para otros derechos de la personalidad. En lo que respecta a la valoración del daño moral en los supuestos de vulneración de la identidad podrían aplicarse reglas similares a las recogidas en la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en la que en su artículo 9.3 se ordena que se valore el daño moral «atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». Ante vulneraciones del derecho al honor, a la intimidad y a la propia

---

<sup>116</sup> Excepcionalmente pudiera existir algún supuesto en el que la valoración podría ser un poco más fácil como, por ejemplo, cuando la información con la que se vulnera la identidad digital se difunde en el marco de una noticia «rosa», por existir un mercado cuantificable económicamente en este caso particular.

<sup>117</sup> Sobre la indemnización por daños materiales ocasionados a consecuencia de la vulneración de la identidad personal *Vid.* la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de Italia, de 13 de julio de 1971, n. 2242 (publicada en *Il Foro Italiano*, 1972, I, pp. 432 ss.), la sentencia del Tribunal de Milán de 19 de junio de 1980 (publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1981, 2, pp. 373 ss.) o la sentencia del Tribunal de Roma de 15 de noviembre de 1983 (publicada en *Il Foro Italiano*, vol. CVIII, 1985, I, pp. 284 ss.).

<sup>118</sup> De prueba «diabólica» habla PINO (2005, p. 398) en estos casos.

imagen, la existencia de perjuicio se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima<sup>119</sup>.

Como la identidad de la persona puede verse vulnerada incluso después de su fallecimiento, la norma que reconociera el derecho a la identidad debiera prever también su protección *post mortem*, en la misma línea que ya se ha consagrado en la LOPD<sup>120</sup>. Esto es así porque, aunque la muerte extingue la personalidad, la memoria de la identidad del fallecido constituye una prolongación de su personalidad que debe ser tutelada igualmente por el Derecho.

A este respecto, y en lo que respecta a la protección *post mortem* de la identidad, sería deseable que en la norma en la que se reconociera el derecho a la identidad se contuvieran unas reglas semejantes a las que contempla la LODHIPI para estos casos (arts. 4 a 6).

De este modo, ante la vulneración de la identidad de una persona fallecida bien pudiera reconocerse que estuvieran legitimados para accionar las personas que esta hubiera designado a tal efecto en el testamento (incluyéndose aquí también a las personas jurídicas). No existiendo designación especial o habiendo fallecido la persona designada, la legitimación podría corresponder al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. Cuando vivieran varios de esos parientes, cualquiera de ellos podrá accionar en defensa de los derechos del fallecido y lo mismo cuando fueran varios los designados en el testamento. A falta de todas estas personas, podría estar legitimado para accionar el Ministerio Fiscal, pudiendo hacerlo de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubiera transcurrido cierto plazo (y que, a modo de ejemplo, en la LODHIPI se fija en ochenta años desde la muerte del afectado). El mismo plazo podría observarse cuando el ejercicio de las acciones mencionadas correspondiera a una persona jurídica designada en testamento. La no interposición de la acción por parte de los parientes que aún viven, no legitimaría al Ministerio Fiscal, de tal modo que este podría actuar únicamente cuando no existen parientes.

Si lo que ocurre es que se vulneran los derechos de una persona y esta fallece sin haber ejercitado las acciones (no ha podido hacerlo, pero sin renunciar a ello), o bien fallece durante el procedimiento de reclamación, debiera reconocerse legitimación para interponer las acciones o continuar las ya entabladas a las mismas personas que en el caso anterior.

<sup>119</sup> Aquí, como señala GRIMALT SERVERA (2020, p. 357), «se entiende que los daños morales se presumen *iuris et de iure*».

<sup>120</sup> Vid. artículo 3 LOPD.

El plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de las acciones civiles que se contempla en el artículo 9.5 de la LODHIPI, con su posible extensión hasta los ochenta años para los casos en los que es el Ministerio Fiscal quien ejercita la acción (artículo 4.3 LODHIPI), podría tomarse como referencia igualmente para el supuesto de vulneración de la identidad.

## 2. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD DIGITAL

Siendo estos algunos de los medios de protección que debiera llevar implícito el reconocimiento del derecho a la identidad, procede ahora hacer algunas precisiones respecto a la identidad digital, justificadas por la particularidad que presenta el medio (Internet) en el que se manifiesta la identidad.

Si se parte de la idea de que la protección de la identidad intelectual o moral (ideal) en el entorno físico o real resulta necesaria, porque con ello se favorece el libre desarrollo de la personalidad, dicha necesidad será aún mayor en el caso de la identidad digital, por la eliminación de los límites temporal y físico que acusa el entorno virtual, que facilita en gran medida vulneraciones de identidad.

La identidad de las personas puede afectarse de diversas formas en Internet: mediante la publicación de signos o rasgos inexactos de la identidad; realizando meras representaciones parciales de signos o rasgos de una persona que contribuyen a transmitir una identidad sesgada que no guarda correspondencia con la real; «falsificando» directamente la identidad de la persona<sup>121</sup>, etc. Todas y cada una de estas acciones que afectan a la identidad también propician que se termine tergiversando la «personalidad», que constituye el objeto de protección del derecho a la identidad, como se indica en la *ordinanza* de la Pretura de Roma de 6 de mayo de 1974<sup>122</sup>.

La primera precisión que procede realizar respecto a la identidad digital es que su particularidad no impide que la persona que sufre la vulneración pueda seguir las mismas vías de defensa que se reconocen para la identidad (en general). Ante cualquiera de las acciones anteriormente mencionadas, la persona que ve vulnerada su identidad digital siempre podrá acudir a la vía penal, si la conducta con la

<sup>121</sup> Según RODOTÀ (2007, p. 23), dichas falsificaciones son elaboradas por sujetos distintos del interesado y que, sin embargo, pasan a formar parte de complejos de información socialmente acreditados, como Wikipedia.

<sup>122</sup> Publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, 2, p. 514. En este caso, la vulneración de la identidad personal se produce a raíz de que la fotografía de un hombre y una mujer, que no están casados y que son partidarios de la instauración del divorcio en Italia, aparezca recogida en un folleto informativo distribuido por un grupo partidario de la derogación del divorcio como ejemplo de un matrimonio contrario al divorcio.

que se vulnera la identidad digital es constitutiva de delito y podrá hacer uso de acciones civiles que tengan por objetivo declarar la vulneración de la identidad digital producida, solicitar el cese inmediato de la misma, así como el restablecimiento del pleno disfrute de sus derechos y el resarcimiento de los daños producidos. Como complemento de lo anterior, también debe reconocérsele la posibilidad de ejercitar un derecho de rectificación<sup>123</sup>.

La segunda precisión guarda relación directa con que en la identidad digital los signos o rasgos de la persona que se verán vulnerados constarán en forma de datos personales que están siendo objeto de un tratamiento automatizado. Por tanto, cuando la identidad que se vea afectada sea la de una persona física, las vías de defensa de la identidad digital deberán aplicarse de manera coordinada con los derechos reconocidos en la legislación de protección de datos<sup>124</sup>. Entre otros, aquí se encuentran el derecho de supresión, el derecho de rectificación o el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales<sup>125</sup>.

Así, en lo relativo al derecho que debe reconocérsele a las personas físicas que ven vulnerada su identidad y que consiste en solicitar la cesación de la conducta con la que se está provocando la vulneración, en el supuesto concreto de la identidad digital ello puede obtenerse mediante el ejercicio del derecho de supresión de los datos personales (art. 15 LOPD). Este derecho debe ejercerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 RGPD, que permite que el interesado pueda obtener del responsable del tratamiento y sin dilación indebida la supresión de los datos personales que le conciernen. El derecho de supresión procederá cuando: a) los datos personales ya

---

<sup>123</sup> El artículo 79 de la LOPD indica que los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación.

<sup>124</sup> Adviértase en este sentido que el considerando 14 del RGPD excluye de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

<sup>125</sup> En este mismo sentido PIÑAR MAÑAS (2018, p. 109) indica que, por no tratar la protección de datos solo sobre la protección de datos personales, sino principalmente sobre la protección de las personas que hay detrás de los datos, y porque las personas son representadas también digitalmente, la legislación de protección de datos no es un asunto meramente técnico en el tema de la identidad digital, sino que puede devenir de especial relevancia en lo que respecta a su tutela.

Sobre la distinción entre el dato personal y la identidad personal a la que pueden aludir los datos, véase también FINOCCHIARO (2012, pp. 387 ss.). La autora establece la distinción a partir de la sentencia de la Corte de Casación de Italia, núm. 5525, de 5 de abril de 2012, en la que se viene a señalar que, siendo cierto un dato personal que exista en Internet, sin embargo, dicho dato puede terminar vulnerando la identidad de la persona si no se actualiza con el paso del tiempo. Los hechos de la sentencia aluden al caso de una noticia existente en Internet (y que recogen varios medios digitales) relativa a un político italiano al que se le imputan actos de corrupción en 1993. Aunque el político finalmente fue absuelto de los cargos, con el paso de los años, si se realizaba una búsqueda en Internet, continuaba apareciendo la noticia original de la imputación, pero no lo atinente a su absolución.

no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información. Si la vulneración de la identidad se produce en el marco de algunas de las citadas actuaciones, procederá el ejercicio del derecho de supresión y su materialización conllevará, hasta donde sea posible, la cesación de la actividad con la que se está vulnerando la identidad digital de la persona. La precisión «hasta donde sea posible» se realiza porque la adopción de una medida como esta puede no eliminar definitivamente el daño, ya que, aunque se supriman los datos erróneos de la fuente en la que constan, siempre podrán seguir existiendo páginas web que repitan la primera información que contenía el error<sup>126</sup>.

Expuesto que con el ejercicio del derecho de supresión es posible obtener el cese de la vulneración, debe apuntarse igualmente que el derecho a que cese la vulneración que ha de llevar aparejado el reconocimiento del derecho a la identidad es un derecho que presenta una naturaleza distinta a la del derecho a la supresión de los datos personales que se reconoce en la LOPD. El derecho a la cesación de la vulneración con la que se esté infringiendo la identidad de una persona debe reconocerse para ser ejercido en cualquier ámbito, mientras que el derecho a la supresión de los datos personales se reconoce para el ámbito concreto y específico del tratamiento automatizado de los datos personales. Además de ello, mientras que el derecho a la cesación de la vulneración debe tener por finalidad el cese de cualquier actividad con la que se esté vulnerando la identidad de las personas, el derecho a la supresión de datos personales persigue la simple eliminación de los datos que están siendo objeto de un tratamiento automatizado, con independencia de que dicho tratamiento de datos esté ocasionando o no una vulneración en la identidad de una persona física. Por ello, cuando no sea posible ejercitar el derecho de supresión de los datos personales, por no concurrir las circunstancias exigidas legalmente para ello, a la persona a quien alude la información siempre debiera quedarle abierta la vía de interponer la acción civil de cesación

---

<sup>126</sup> Señala RODOTÀ (2007, p. 25) que el derecho a eliminar o corregir el dato falso o imaginario puede no bastar, cuando la información entra en el «circuito planetario» en que consiste Internet.

de la vulneración que debe llevar aparejada el reconocimiento del derecho a la identidad.

La tercera precisión está referida a que, a diferencia del derecho de supresión que, como se indica, puede ser útil a los efectos de lograr que cese la vulneración de la identidad digital (en la medida de lo posible o, al menos, que la aminore), conviene no confundir el derecho de rectificación que debiera llevar aparejado el reconocimiento del derecho a la identidad con el derecho de rectificación al que alude el artículo 14 de la LOPD, a pesar de la homonimia, por ser diferente la *ratio legis* que fundamenta uno y otro derecho<sup>127</sup>. Mientras que el derecho a la rectificación en el derecho a la identidad debe tener por finalidad enmendar el perjuicio ocasionado por la divulgación de hechos inexactos que afectan a la identidad de la persona, el derecho de rectificación del artículo 14 LOPD tiene por finalidad la mera corrección de datos inexactos o incompletos sin que, por lo tanto, este derecho se extienda a los efectos que pueda haber ocasionado la divulgación de tales datos. El ejercicio del derecho de rectificación del artículo 14 LOPD no garantiza que la corrección de los datos inexactos o incompletos enmiende los efectos perjudiciales que le pueda haber ocasionado a la persona física la divulgación de los hechos o circunstancias vinculados a tales datos inexactos, que es precisamente la finalidad primera que justifica el reconocimiento del derecho de rectificación en el derecho a la identidad<sup>128</sup>. El ejercicio del derecho de rectificación del artícu-

---

<sup>127</sup> Según el artículo 14 LOPD: «Al ejercer el derecho de rectificación reconocido en el artículo 16 del Reglamento (UE) 2016/679, el afectado deberá indicar en su solicitud a qué datos se refiere y la corrección que haya de realizarse. Deberá acompañar, cuando sea preciso, la documentación justificativa de la inexactitud o carácter incompleto de los datos objeto de tratamiento».

Y, según el artículo 16 RGPD, «El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales inexactos que le conciernan. Teniendo en cuenta los fines del tratamiento, el interesado tendrá derecho a que se completen los datos personales que sean incompletos, inclusive mediante una declaración adicional». El Considerando 65 del RGPD justifica la necesidad de este derecho de rectificación en que «los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen», siguiendo en esto la línea marcada en el Considerando 76, en el que se dice que «deben arbitrarse fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Reglamento, incluidos los mecanismos para solicitar y, en su caso, obtener de forma gratuita, en particular, el acceso a los datos personales y su rectificación o supresión, así como el ejercicio del derecho de oposición». Cabe apuntar que el derecho de rectificación del artículo 16 RGPD concreta el principio de exactitud de los datos que se reconoce en el artículo 5 RGPD.

A este derecho de rectificación también alude el artículo 8.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando indica que «toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación».

<sup>128</sup> Unido esto a que la rectificación de los datos no impide que terceros continúen utilizando los datos que existían antes de la rectificación por conservarlos todavía. Algo similar a esto ocurre con el derecho al olvido, como mantiene GRIMALT SERVERA (2017, p. 5) cuando señala que en Internet es prácticamente imposible dar efectividad al derecho al olvido, pues va a ser muy complicado, por no decir utópico, eliminar los efectos de la divulgación no consen-

lo 14 LOPD es útil para evitar que sigan produciéndose vulneraciones de la identidad digital de las personas físicas a partir del tratamiento de datos inexactos o incompletos, pero no repara la distorsión que se haya producido en la identidad de la persona física con la divulgación de los hechos inexactos vinculados a los datos. El derecho que se reconoce en este artículo, *strictu sensu* y en lo que atañe a la identidad digital, se sitúa más cerca de la cesación de la vulneración que de la reparación de ésta.

En contra de lo anterior, el derecho de rectificación que debiera llevar aparejado el reconocimiento del derecho a la identidad digital, antes que con el derecho del artículo 14 LOPD, se identifica más con un segundo derecho de rectificación que se reconoce en el artículo 85 LOPD y con el llamado «derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales» del artículo 86 LOPD, por ser la finalidad, tanto de uno como de otro, justamente, la de corregir la distorsión que haya ocasionado la divulgación de hechos o informaciones falsas o inexactas referentes a una persona física<sup>129</sup>.

En lo que respecta a este segundo derecho de rectificación que se reconoce en el artículo 85 LOPD, su diferencia con el que se regula en el artículo 14 LOPD radica en que la rectificación a la que se alude en él no está referida a los datos del titular (que es la finalidad que cumple el derecho de rectificación del artículo 14 LOPD), sino a la información divulgada y con la que se vulnera el derecho al honor, intimidad personal y familiar y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz.

Conforme a lo contenido en los párrafos segundo y tercero del artículo 85 LOPD, «Los responsables de redes sociales y servicios equivalentes adoptarán protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, atendiendo a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Cuando los medios de comunicación digitales deban atender la solicitud de rectificación formulada contra ellos deberán proceder a la publicación en sus archivos digitales de un aviso aclaratorio que ponga de mani-

---

tida de una foto, de una injuria proferida, de la emisión de un vídeo degradante, ya que, una vez «puesta en circulación la agresión», resultará prácticamente imposible evitar que terceros almacenen y la reproduzcan en el presente o en el futuro, una y otra vez.

<sup>129</sup> También distingue entre estos dos derechos de rectificación, ADSUARA VARELA, 2019, pp. 315-316. Sobre que el derecho de rectificación se sitúa cercano al derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, *Vid.* MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, p. 152.

fiesto que la noticia original no refleja la situación actual del individuo. Dicho aviso deberá aparecer en lugar visible junto con la información original».

Como puede observarse, este artículo no limita el ejercicio del derecho de rectificación a los supuestos en que la divulgación de la información provenga de medios de comunicación digitales (y a los que alude expresamente en su párrafo segundo), sino que permite su ejercicio también para el supuesto de que la divulgación de la información se haya producido en redes sociales y servicios de comunicación equivalente, al tiempo que se inclina porque cuando la rectificación se solicite ante medios de comunicación digitales, esta se materialice mediante la publicación de un aviso aclaratorio. Uno y otro aspecto están en sintonía con la concepción del derecho de rectificación que aquí se ha defendido *lege ferenda* para la identidad (en general).

En lo relativo al procedimiento que habrá de seguirse en estos casos de ejercicio del derecho de rectificación en Internet, el artículo 85 LOPD especifica que se atienda a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación<sup>130</sup>.

Tal y como está redactado, el artículo presenta el claro inconveniente de que su aplicación procedería únicamente en aquellos supuestos en los que la divulgación de contenidos a los que hace referencia, además de distorsionar la identidad de la persona, vulnerara su derecho al honor o a la intimidad personal y familiar, algo que, como ya ha quedado apuntado anteriormente, no siempre sucede en las vulneraciones de la identidad. La redacción actual, ya resulta útil respecto a la identidad digital, pues esta vendrá protegida «indirectamente» en todos aquellos casos en los que la divulgación de los contenidos, además de alterar la identidad, vulnera también esos otros derechos. No obstante, caso de reconocerse en un futuro el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico español, una protección total del bien jurídico protegido exigiría la reforma de este artículo en el sentido apuntado y, ya puestos, la nueva redacción también debiera detallar si dentro de las redes sociales quedan incluidos o no otros canales de difusión propios de Internet que, sin ser propiamente redes sociales, guardan cierta semejanza con estas en lo relativo a la difusión de información, como foros, blogs, chats, páginas web, etc.

<sup>130</sup> Sobre las adaptaciones del procedimiento de ejercicio del derecho de rectificación de la Ley Orgánica 2/1984 al supuesto concreto de Internet puede verse el trabajo de MARTÍNEZ CALVO, *RDC*, 2020, pp. 159 ss.

En línea con lo anterior, el artículo 86 LOPD regula el llamado «derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales». Conforme a este artículo, «toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernan cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio. En particular, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como consecuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior».

Este derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales, tendrá una indudable incidencia en lo relativo a la protección de la identidad digital de las personas físicas ante el problema que representa para Internet la desaparición de los límites temporal y físico. Piénsese, por ejemplo, en todos aquellos supuestos en los que a consecuencia de hechos que siendo inicialmente ciertos y como tales recogidos en medios de comunicación digitales, sin embargo, por no haber sido completados o precisados con posterioridad a la primera vez que se divulgaron, terminan distorsionando la identidad de la persona, y esto se repite de las páginas web de unos medios digitales a las de otros (p. ej., se informa de la acusación por la que se abre juicio contra una persona, detallando la pena que se solicita para ella, sin que con posterioridad se vuelva a dar noticia de su absolución final). Por el modo de operar de Internet en general y, por ejemplo, las redes sociales en particular, información que inicialmente es cierta (no obstante, con carácter provisional) disfruta en muchas ocasiones de un rápido efecto propagador, aunque con posterioridad termine convirtiéndose claramente en incompleta.

Pues bien, según se establece en el artículo 86 LOPD, toda persona física tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernan, cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio. En particular, procederá la inclusión de dicho aviso cuando las informaciones originales se refieran a actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado como con-

secuencia de decisiones judiciales posteriores. En este caso, el aviso hará referencia a la decisión posterior.

Sin duda alguna, uno de los mayores problemas que planteará el precepto será el de la delimitación del término «medio de comunicación digital», pues en Internet, mientras que algunas aplicaciones, sitios web o páginas web, son auténticos medios de comunicación digital (p. ej., sitios web de medios de comunicación de tv, radio o prensa en línea) otros, en principio, no lo serían y su consideración como tal plantea mayor problemática (p. ej., redes sociales, foros o chats en abierto, etc.).

Es claro que estos dos derechos no ponen fin al problema que representa la desaparición de los límites temporal y físico en el entorno virtual, pero, de igual modo, también lo es que ayudan a paliarlo en parte, en concreto, hasta donde alcancen los efectos de su ejercicio.

La persona tiene derecho a que la información que conste de ella sea cierta y esté actualizada, ya que ello tiene incidencia directa en su identidad. En este sentido, y como ya ha quedado dicho anteriormente, la identidad digital puede lograr para el derecho a la identidad (entendida en general) lo que otras especies de identidad no han terminado de conseguir (hasta ahora), que es su reconocimiento como derecho con entidad propia y diferenciado de otros que ya existen. El derecho a la identidad es un derecho con futuro en el ordenamiento jurídico español, que «está por hacer», siendo en última instancia la sociedad quien finalmente dictaminará si la identidad debe constituirse o no en objeto de un nuevo derecho reconocido, para lo que serán determinantes la fuerza y la insistencia con la que se solicite. Caso de que la solicitud termine siendo real, será labor final de los juristas construir el régimen jurídico de ese derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: «Identidad, Derecho y Política» (Coord. López Castillo, A. Aguado Renero C.), *AFDUAM* núm. 17, 2013.

AA.VV.: *Il diritto alla identità personale. Un seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e documentazione giuridica* (a cura di: Guido Alpa, Mario Bessone, Luca Boneschi), Padova, CEDAM, 1981.

ADSUARA VARELA, Borja: «Capítulo IX. Derechos de rectificación, supresión (olvido) y portabilidad (de los datos) y limitación y oposición (al tratamiento)», en *Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales* (Dir. Rallo Lombarte), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 313 ss.

- ALAGNA, Sergio: «Diritto alla identità personale e risarcibilità del danno non patrimoniale», en *Giustizia Civile*, 1983, pp. 157-170.
- ALPA, Guido: *Il diritto di essere se stessi*, Ed. La nave di Teseo, Milano, 2021.
- «Un questionario sul diritto alla identità personale», en *Il diritto alla identità personale. Un seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e documentazione giuridica* (a cura di: Guido Alpa, Mario Bessone, Luca Boneschi), Padova, CEDAM, 1981, pp. 15-21.
- «L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione», en *Contratto e impresa*, 3/2017, pp. 723 ss.
- *Manuale di Diritto privato*. Nona edizione, Ed. Wolters Kluwer CEDAM, 2015.
- BALLESTEROS, Jesús: «Identidad personal y técnicas de reproducción asistida», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 2001, pp. 137 ss.
- BARFIELD, Woodrow: «Intellectual Property Rights in Virtual Environments: Considering the Rights of Owners, Programmers and Virtual Avatars», en *Akron Law Review*, 2006, Vol. 39, Iss. 3, Article 2, pp. 649 ss.
- BATUECAS CALETRÍO, Alfredo: «Nuove tecnologie e protezione del minore nel diritto privato spagnolo», en *Europa e diritto privato*, 2021, Núm. 4, pp. 1213-1257.
- «Intimidación personal, protección de datos personales y geolocalización», en *Derecho Privado y Constitución*, 2015, Enero-Diciembre, núm. 29, pp. 47-82.
- BENACH, E. Pueyo, M.: «Web 2.0, identitat i identitat digital. La vida, el temps, la mort, la memoria i la identitat», en *COBDC*, ítem 57, 3013, pp. 70 ss.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)», en *AFDUAM* 17 (2013), pp. 105 ss.
- BOCCHINI, Fernando. Quadri, Enrico: *Diritto privato*. Quinta edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014.
- CASSANO, G. Falletti, E.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nicosia de 15 de abril de 2008», en *Diritto dell'internet*, (2008), pp. 451-458.
- CEDIEL SERRA, Ana: «Capítulo 11. Residencia fiscal virtual, identidad digital y criptomoneda», en *Residencia fiscal: problemática y cuestiones actuales*. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, 6/2019, pp. 172 y ss.
- CELADOR ARAGÓN, Óscar: Recesión al trabajo de Llamazares Fernández, D. «Derecho de la libertad de conciencia. I. Libertad de conciencia y laicidad. II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación», en *Derechos y libertades: escritos jurídicos*, núms. 12, 1, 2012, pp. 591 ss.
- CLAVERÍA GOSÁBEZ, Luis Humberto: «Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad», en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ed. Universidad de Salamanca, 1984, pp. 101 ss.
- D'ANGELO, Andrea: «Lesione dell'identità personale e tutela riparatoria» (comentario a la *ordinanza* del Pretor de Roma, de 6 de mayo de 1974), en *Giurisprudenza italiana*, vol. CXXVII, 1975 – Parte I Sez. II., pp. 514 ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Los llamados derechos de la personalidad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 1237 ss.
- DE COSTER, M.: «Identidad digital y empleo: ¿una historia de amor o de odio? », en *Bit*, núm. 197, Junio, 2014
- DE LORENZI, Mariana: «El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿una aproximación pendiente?», en *R. E. D. S.* núm. 8, Enero-Julio 2016, pp. 101 ss.
- DELL' AVERSANA, Fabio: «Il minore: autore dei contratti telematici», en *Nuovi media e minori*, ARACNE editrice, Roma, 2012.

- DOGLIOTTI, Massimo: «Un nuovo diritto: all'identità personale», en *Giurisprudenza italiana*. 1981. IV p. 150.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: «El cambio de sexo y su inscripción en el registro de Identidad Personal. El cambio que el Tribunal Constitucional no se atrevió a aprobar», en *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 50, Julio, 2015.
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Pablo: «Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online», en *adComunica. Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 2012, núm. 3, pp. 125 ss.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Daño a la identidad personal», en *THEMIS*, 1997, núm. 36, pp. 245 ss.
- FIGONE, Alberto: «Il risarcimento del danno all'identità personale in una pronuncia non conformista –comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 27 de marzo de 1884–», en *Giustizia Civile*, 1985, pp. 534 ss.
- «Il diritto all'identità personale davanti alla Corte di Cassazione», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1985, pp. 965 ss.
- «Il diritto all'identità personale nelle recenti elaborazioni di dottrina e giurisprudenza. A propósito degli atti di un recente convegno», en *Responsabilità civile e previdenza*. Enero-Febrero, 1980, vol. XLV, pp. 763-771.
- FINOCCHIARO, Giusella: «Identità personale su internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, año XXVIII, fascículo 3, 2012, pp. 383-394.
- Voz «Identità personale (diritto alla)», en *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, Ed. UTET, Torino, 2010.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: «La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de maternidad», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1 (enero-marzo, 2018).
- «Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación», en *Joaçaba*, vol. 18, núm. 3, 2017, pp. 661 ss.
- GIACOBBE, Giovanni: «L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela», en *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale. Atti del seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei, Messina, 16 aprile 1982*, Milano, 1985, pp. 810 ss.
- GIONES-VALLS, A. Serrat-Brustenga, M.: «La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital», en *bid. Textos universitarios de biblioteconomía y documentación*, núm. 24, junio, 2010.
- GIARDINA, Francesca: «Qualche riflessione su identità e soggettività», en *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, Suplemento al fascicolo 4/2007. 2007, pp. 63 ss.
- GIERKE, Otto: *Deutsches Privatrecht*, I, 1985, § 81.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Ed. Comares, Granada, 2017.
- «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: Tutela civil versus tutela administrativa», en *Protección de datos personales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 310 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos», en *La Ley Derecho de familia*, núm. 9, primer trimestre de 2016.
- JOURDAIN, Patrice: «Los derechos de la personalidad en búsqueda de un modelo: la responsabilidad civil», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 20, Enero-Junio, 2001, pp. 361 ss.
- LAPORTA, Franciso J.: «Identidad y Derecho: una introducción temática», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, 17, 2013, pp. 17 ss.

- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo: «Identidad digital», ponencia pronunciada en las Primeras Jornadas de Derecho Digital NotarTIC, 2016, disponible en el blog *El notario ante la identidad y la capacidad digital* (<http://www.notarialllopis.es/blog/i/1401/73/el-notario-ante-la-identidad-y-la-capacidad-digital-notartic>). Último acceso 10 de mayo de 2021.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio: «Formación de la identidad personal y educación: apuntes», en *AFDUAM*, 17, (2013), pp. 309 ss.
- LÓPEZ JACOISTE, José Javier: «Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 1059 ss.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «El derecho de rectificación ante informaciones falsas o inexactas, con especial mención a las publicadas en Internet», en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020), pp. 137 ss.
- MENÉNDEZ, Luis: «Los robos de identidad, en ocho preguntas», en *Escritura pública*, marzo-abril 2017, pp. 24 ss.
- MERCHÁN MURILLO, Antonio: «Identidad digital: su incidencia en el *blockchain*», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 50/2019 (BID 2019/6999).
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 1384.
- OLIVA LEÓN, Ricardo: «Derecho e identidad digital *post-mortem*», en *Testamento ¿digital?* Colección desafíos legales. Septiembre 2016, pp. 67 ss.
- ORDELÍN FONT, José Luis, y ORO BOFF, Salette: «¿Herencia digital?: La protección “post mortem” de los bienes digitales», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 50/2019 (BID 2019/7012).
- OROZCO PARDO, Guillermo: «Intimidad, privacidad, “eximidad”, y protección de datos del menor ¿Un cambio de paradigma?», en *La protección jurídica de la intimidad* (Coords. Javier Boix Reig, Ángeles Jareño Leal), Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 381-402.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: «Identidad y persona en la sociedad digital», en *Sociedad digital y Derecho* (Dir. De la Cuadra-Salcedo, T.), Ed. BOE, 2018, pp. 95 ss.
- PARDOLESI, Roberto: «Comentario a la *ordinanza* del pretor de Roma, de 2 de junio de 1980», *Il Foro Italiano*, 1980, I, pp. 2046 ss.
- PINO, Giorgio: «L'identità personale», en *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, vol II, Utet, 2005, pp. 367-394.
- PONZANELLI, Giulio: «Alcune novità in tema di diritto al nome», en *Giurisprudenza Italiana*, 1981, 2, p. 373 ss.
- RAFFIOTTA, Edoardo Carlo: «Apunti in materia di diritto all'identità personale», en *Forum di Quaderni Costituzionali*, vol. 1 (edición electrónica), 2010, p. 3.
- RESTA, Giorgio: «Identità personale e identità digitale», en *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*. Año XXIII Fasc. 3 – 2007, pp. 511-531.
- REYES MÉNDEZ, Daniel: «¿Cómo gestionar eficazmente la identidad digital? Hacia una nueva proyección cultural de la persona», en *Diario La Ley*, Núm. 9328, 2 de enero de 2019.
- ROCA, Genís: «¿Qué dice la Red de ti? Redes sociales e identidad digital», en TELOS, *Cuadernos de Comunicación e Innovación*, abril-junio, 2012, 91 Identidad digital, pp. 96 ss.
- RODOTÀ, Stefano: «L'identità nell'orizzonte del diritto privato – Quattro paradigmi per l'identità», en *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, Supplemento al fascicolo 4/2007. 2007, 21 ss.

- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «El derecho al honor de las personas jurídicas (Comentario a la STC 1397/1995, de 26 de septiembre)», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 49, Núm. 2, 1996, pp. 801-817.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Origen y actualidad de los derechos de la personalidad», en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, núm. 20, 2007, pp. 260 ss.
- ROPPO, Vincenzo: «Un diritto dei mezzi di comunicazione di massa?», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1983, pp. 75 ss.
- SCHIAVI, Pablo: «Reputación *on line* ¿la identidad digital es tan importante como real?», en *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático (Segunda época)*, Primer Semestre 2019, Número 6, Ed. Ratio Legis, pp. 153 ss.
- SOLÉ RESINA, Judith: «Las voluntades digitales: marco normativo actual», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 417 ss.
- TOMMASINI, Raffaele: «L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona», en *Il diritto alla identità personale. Un seminario promosso dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e documentazione giuridica* (a cura di: Guido Alpa, Mario Bessone, Luca Boneschi). Padova, CEDAM, 1981, pp. 78-91.
- TORTAJADA CHARDÍ, Pablo: «Derecho de los hijos nacidos por reproducción asistida a conocer la identidad de sus padres biológicos: breves reflexiones y propuestas», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 9, agosto 2018, pp. 472 ss.
- VÁZQUEZ ATOCHERO, A.: «Incidencia de la brecha digital en grupos de iguales a partir de la interactividad entre la identidad física y la identidad digital», en *European Scientific Institute*, Julio, 2013, pp. 210 ss.
- VILA-CARO BARRACHINA, María Dolores: «El derecho a la identidad personal», en *Cuadernos de Bioética*, 1995/4.º, pp. 407 ss.
- ZATTI, Paolo: «Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale», en *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, Supplemento al fascicolo 4/2007. 2007, 1 ss.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo: «Identità personale», en *Digesto*. IV Edizione, vol. IX Civile, ed. UTET, 1993, pp. 3-21.

# El préstamo simple o mutuo y su posible resolución por incumplimiento

**FRANCISCO SANTANA NAVARRO**

Profesor ayudante doctor de Derecho civil  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

## RESUMEN

*Este trabajo analiza la posibilidad de resolver el contrato de préstamo simple por incumplimiento, de acuerdo con el artículo 1124 del Código Civil, a pesar de que tradicionalmente se le ha atribuido un carácter real y unilateral. Admitida la resolución del préstamo, determinaré qué entidad será exigible al incumplimiento resolutorio en función del tipo de préstamo, así como sus efectos. Asimismo, el trabajo analiza la nulidad por abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago, y sus consecuencias sobre la subsistencia del contrato. Realizaré una valoración crítica de la doctrina jurisprudencial según la cual los préstamos hipotecarios no pueden subsistir sin tales cláusulas, y su anulación perjudica al consumidor. De tal doctrina, el Tribunal Supremo deriva la necesidad de sustituir la cláusula viciada por una norma posterior, el artículo 24 LCCI, sin remitir, por tanto, a las partes a un proceso declarativo, lo que entiendo disuadiría al profesional de su utilización. No obstante, esta jurisprudencia se limita a los préstamos hipotecarios, por lo que el artículo 1124 CC será un precepto relevante en los casos de incumplimiento del contrato de préstamo de tipo personal pero, además, en determinadas circunstancias y aspectos, operará ante el incumplimiento del contrato de préstamo hipotecario.*

## PALABRAS CLAVE

Contrato de Préstamo. Resolución por incumplimiento. Cláusula de vencimiento anticipado. Cláusulas abusivas. Nulidad por abusividad.

## The simple or mutual loan and its possible resolution for breach

### ABSTRACT

*This paper analyzes the possibility of resolving the simple loan contract due to noncompliance, in accordance with article 1124 of the Civil Code, despite the fact that it has traditionally been attributed a real and unilateral nature. I will determine which gravity will be enforceable upon the resolution default based on the type of loan, as well as the effects of the contractual resolution. Likewise, the work analyzes the nullity due to abusiveness of the early termination clauses due to non-payment, and its consequences on the subsistence of the contract. I will make a critical assessment of the jurisprudential doctrine according to which mortgage loans cannot subsist without such clauses, and their cancellation harms the consumer. From such doctrine, the Supreme Court derives the need to replace the vitiated clause with a later rule, article 24 LCCL, without therefore referring the parties to a declaratory process, which I understand would dissuade the professional from using the unfair terms. However, this jurisprudence is limited to mortgage loans, so article 1124 CC will be a relevant precept in cases of breach of the personal loan contract but, in addition, in certain circumstances and aspects, it will operate in the event of breach of the mortgage loan contract.*

### KEY WORDS

Loan contract. Resolution for non-compliance. Early termination clause. Abusive clauses. Invalidity of abusive clauses.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La regulación codificada del contrato de mutuo como contrato de naturaleza real y unilateral: 1. Introducción. 2. El mutuo en el Código Civil como contrato real. 3. El consecuente carácter unilateral del contrato de mutuo.–III. El contrato de mutuo consensual. 1. La admisión del contrato de mutuo consensual. 2. El precontrato o promesa de contrato de mutuo. 3. El mutuo consensual gratuito.–IV. La resolución por incumplimiento del contrato de mutuo. 1. El fundamento de la resolución por incumplimiento. 1.1 Teorías formuladas. 1.2 Valoración crítica. 2. La resolución del contrato de mutuo consensual. 3. La resolución del contrato de mutuo real. 3.1. Tesis tradicional impeditiva. 3.2. La admisión de la resolución por incumplimiento del contrato de mutuo real. 3.2.1. La tesis de la reciprocidad entre la obligación de pago de intereses y el plazo de devolución de la cantidad prestada. 3.2.1.1. Planteamiento. 3.2.1.2. Valoración crítica. 3.2.2. La tesis interpretativa del ámbito del artículo 1124 CC. 3.2.2.1. Planteamiento. 3.2.2.2. Valoración crítica.

tica. 4. El incumplimiento resolutorio. 4.1. Introducción. 4.2. Préstamos hipotecarios. 4.2.1. Ámbito de aplicación de la Ley Reguladora de Los Contratos de Crédito Inmobiliario. 4.2.2. Valoración de la solución dada por la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021. 4.3. Préstamos personales. 5. Efectos de la resolución del contrato de préstamo.—V. La nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago y la resolución del contrato de préstamo. 1. Introducción sobre el vencimiento anticipado de los préstamos por impago. 2. Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago. 3. El control abstracto de las cláusulas de vencimiento anticipado: la intrascendencia de su falta de aplicación. 4. La imposible abusividad parcial de la cláusula de vencimiento anticipado por impago. 5. La integración del contrato o sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por la regulación legal. 5.1 Precedentes jurisprudenciales de la STJUE de 26 de marzo de 2019. 5.2 La doctrina de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y de la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019. 5.2.1 Valoración crítica. 5.2.1.1 ¿Imposible subsistencia del contrato? 5.2.1.2 Los perjuicios causados al consumidor. 5.2.1.3 Valoración crítica de la integración del contrato. 6. Valoración final de la utilidad del artículo 1124 CC en los contratos de préstamo.—VI. Conclusiones.—Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación del contrato de préstamo simple o mutuo realizada en los artículos 1740 y 1753 a 1757 CC atribuye a este contrato naturaleza real y, consecuentemente unilateral. Este carácter unilateral se opone a los presupuestos del artículo 1124 CC, que otorga la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, por lo que no cabría su resolución por incumplimiento del prestatario. Por ello, en una primera parte de este trabajo estudiaré los caracteres del préstamo en su regulación codificada; a continuación, determinaré si es posible configurar un contrato de mutuo de naturaleza consensual y bilateral que permita la operatividad del artículo 1124 CC y, finalmente, me pronunciaré sobre si cabe resolver un contrato de mutuo de tipo real.

El Tribunal Supremo en Sentencia, de Pleno, de 11 de julio de 2018 se pronunció a favor de la resolución por incumplimiento de los contratos de mutuo, en aplicación del artículo 1124 CC<sup>1</sup>. Esta sentencia fue dictada en un contexto de paralización de ejecuciones hipotecarias provocada por el planteamiento, ante el TJUE, de cuestiones prejudiciales sobre la nulidad de las cláusulas

<sup>1</sup> TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

las de vencimiento anticipado, que se han resuelto en el sentido de permitir integrar el contrato si este, a criterio del juez nacional, no puede subsistir sin tal cláusula, y la anulación del contrato perjudica al consumidor. Dado que el Tribunal Supremo en Sentencia, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, ha estimado que se dan estas dos condiciones y ha permitido sustituir la cláusula viciada por el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, realizaré una valoración de los presupuestos en que se asienta dicha sustitución, así como de la opción elegida frente a la aplicación artículo 1124 CC<sup>2</sup>. Además, como quiera que esta última jurisprudencia se limita a los préstamos hipotecarios, en la parte final del trabajo argumentaré que el artículo 1124 CC continuará siendo un precepto relevante en los casos de incumplimiento del contrato de préstamo de tipo personal, pero, además, en determinadas circunstancias y aspectos, en el contrato de préstamo hipotecario.

## II. LA REGULACIÓN CODIFICADA DEL CONTRATO DE MUTUO COMO CONTRATO DE NATURALEZA REAL Y UNILATERAL

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1740 CC define el contrato de préstamo simple como aquel en el que «una de las partes entrega a la otra... dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad». Este concepto se da junto con el del comodato, por el que «una de las partes entrega a la otra... alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva».

Tales definiciones, realizadas de forma unitaria en el mismo precepto, obedecen a que en ambos contratos una persona entrega una cosa a otra y, transcurrido un tiempo, el receptor habrá de restituir la misma cosa, en el caso del comodato, u otra del mismo género y calidad, en el caso del préstamo simple o mutuo<sup>3</sup>.

Sin embargo, a continuación, el Código Civil regula las dos figuras de forma separada: el comodato en los artículos 1741 a 1752 y el préstamo simple en los artículos 1753 a 1757. Este tratamiento obedece a las notables diferencias que presentan uno y otro. Así, el objeto del mutuo es «dinero u otra cosa fungible», lo

<sup>2</sup> TOL7.474.304, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

<sup>3</sup> Por todos, PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.891.

que le permite al prestatario o mutuario adquirir su propiedad (art. 1753 CC), con la obligación de devolver al prestamista o mutuante «otro tanto de la misma especie y calidad», es decir el *tantundem*. Por el contrario, el objeto del comodato es una cosa no fungible, el comodante conserva su propiedad y el comodatario debe restituir el objeto. Habida cuenta de estas materias disímiles, en el contrato de comodato los riesgos de pérdida o deterioro fortuito de la cosa entregada los sufre el comodante al conservar su propiedad. Por el contrario, en el mutuo es el prestatario o mutuario quien corre con dichos riesgos al haber adquirido la propiedad de la cosa. Otra diferencia la encontramos en la extinción porque, tratándose del comodato, la cosa puede reclamarse antes de la finalización del plazo si el comodante tuviere urgente necesidad de ella (art. 1749 CC), mientras que en el mutuo no se le confiere al prestamista la facultad de reclamar libremente la devolución antes del plazo pactado. Finalmente, de acuerdo con los dos últimos párrafos del artículo 1740 CC, «el comodato es esencialmente gratuito, mientras que el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés»<sup>4</sup>.

## 2. EL MUTUO EN EL CÓDIGO CIVIL COMO CONTRATO REAL

Para determinar si el artículo 1124 CC resulta aplicable al contrato de mutuo debemos estudiar si efectivamente posee carácter real porque, como veremos, de él se deriva su naturaleza unilateral y, en teoría, la imposibilidad de su resolución por incumplimiento con base en tal precepto, limitado en principio a los contratos bilaterales.

Pues bien, el artículo 1740 CC define el préstamo simple o mutuo como aquel contrato por el que «una de las partes entrega a la otra...dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad». Debe repararse que en tal definición se dice que «una de las partes entrega a la otra»; no se emplea la fórmula general de obligarse a entregar, propia de los contratos consensuales como la compraventa (art. 1445 CC)<sup>5</sup>. Por tanto, el contrato de préstamo así configurado exige para su perfección no solo el consentimiento de las partes sino también la entrega de la cosa; entrega que no formará parte de la fase de consumación o ejecución contractual sino de su perfeccionamiento. Esto deter-

<sup>4</sup> En cambio, el artículo 5121-5 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil configura el contrato de préstamo simple como naturalmente oneroso al disponer que «Salvo estipulación en contrario, el dinero prestado produce interés».

<sup>5</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.600, y ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 45-46.

mina que el préstamo simple se califique como contrato real y, por ello, hasta que el prestamista no entregue la cosa no surgirá para el prestatario la obligación de devolver<sup>6</sup>.

Con esta regulación, el Código Civil se apartó del Proyecto de 1851, cuyo artículo 1630 señalaba que el «préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa». Por tanto, el proyecto configuraba este contrato como consensual al emanar de él la obligación de entregar la cosa por el prestamista, sin exigir, por tanto, la *datio* como presupuesto de la perfección contractual. Ello obedecía a que el proyecto partía de que todos los contratos eran consensuales, por lo que podían perfeccionarse por el mero consentimiento<sup>7</sup>. En esto no se apartó el vigente Código Civil, cuyo artículo 1254 también consagra tal principio, pero aquel proyecto no excluía de esta regla al contrato de préstamo, como sí hace el primero, que lo configura como un contrato real<sup>8</sup>. La opción por la que se decantó el Código Civil se vio más acertada que la del proyecto, porque esta anulaba la naturaleza propia del contrato de préstamo, que exigía la entrega para hacer surgir obligaciones a cargo del prestatario<sup>9</sup>.

Al igual que nuestro Código Civil, otros códigos de nuestro entorno, como los de Francia, Italia y Portugal, regulan el mutuo como contrato real al requerir la entrega de la cosa para su perfección<sup>10</sup>. Sin embargo, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil configura este contrato como consensual<sup>11</sup>.

La categoría de los contratos reales que agrupa a los contratos de préstamo, depósito y prenda, procede del Derecho romano en el que tenían en común la necesaria entrega de la cosa o *datio rei* para su nacimiento. Estos contratos requerían, además del acuerdo de las partes, una *traditio rei*, de tal forma que la obligación de restitución se producía por la entrega de la cosa (*re contrahitur obligatio*)<sup>12</sup>. La causa de los contratos reales es, de una parte, la entrega que realiza el acreedor, que es necesaria para que el contra-

<sup>6</sup> Vid. Díez-PICAZO, 2010, p. 553; LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 298; PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.892; ALFARO ÁGUILA-REAL, p. 317; DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.982, y FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, p. 43. Así, MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 481, señala que «cuando al acuerdo de voluntades, alma del contrato, es preciso añadirle la entrega de una cosa, hecho del que arrancan los efectos jurídicos del negocio, estamos ante los contratos reales».

<sup>7</sup> GARCÍA GOYENA, 1852, pp. 58-59. Cfr. artículo 973 del Proyecto.

<sup>8</sup> Vid. ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 88.

<sup>9</sup> MANRESA, 1972, pp. 797-798.

<sup>10</sup> Cfr. artículo 1892 del Código Civil francés; artículo 1142 del Código Civil portugués, y el artículo 1813 del Código Civil italiano.

<sup>11</sup> Cfr. artículos 5121-1 y 5121-2. Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2016, p. 70, y ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 107.

<sup>12</sup> Vid. SCHULZ, 1960, pp. 448 y 484.

to se perfeccione, y de otra, la obligación (u obligaciones) que asume el deudor, siendo el fin de la entrega facilitar a otra persona la disponibilidad de una suma de dinero, y obtener, además, eventualmente, una compensación o contrapartida<sup>13</sup>.

Esta naturaleza real se ha visto reflejada en gran número de pronunciamientos dictados durante el siglo pasado y el presente<sup>14</sup>. Particularmente, el carácter real ha sido determinante en una serie de sentencias que apreciaron que no existía contrato al faltar la entrega. Así, la STS de 28 de marzo de 1983 rechazó una reclamación fundada en un reconocimiento de deuda respecto del que se alegaba que tenía su causa en un préstamo en metálico cuya realización no pudo acreditarse. Señaló el TS que la presunción de causa negocial prevista en el artículo 1277 CC en modo alguno consiente una atribución económica sin este requisito ni la configuración de un negocio abstracto, por lo que de acuerdo con los artículos 1740 y 1753 CC no puede tenerse por existente un préstamo e imponer la obligación de devolver determinada cantidad sin acreditarse la previa entrega de numerario por el prestamista al prestatario<sup>15</sup>.

También resultó decisivo el carácter real del préstamo en la STS de 27 de octubre de 1994, que señaló que no cabe el cobro de efectos cambiarios no transmitidos a terceros, presuntamente sustentados en un préstamo, si no se acredita la entrega de cantidad al obligado cambiario<sup>16</sup>.

Incluso la STS de 27 de marzo de 1999 vetó una determinada configuración negocial realizada por las partes, por considerar que el aplazamiento de la entrega del dinero al prestatario resultaba contraria a la naturaleza real del contrato de préstamo. Se trataba de una escritura pública de préstamo hipotecario en virtud de la cual el promotor prestatario no recibía inmediatamente el capital,

<sup>13</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1985, p. 540.

<sup>14</sup> Cfr. SSTS de 4 de mayo de 1943 (TOL4.458.844, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez), sobre la que volveremos, 8 de julio de 1974 (TOL 4.253.371, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramon), que desestimó la falta de perfección del contrato de préstamo alegada por un fiador solidario, al ser una cuestión nueva, pero a continuación refrendó el carácter real del préstamo y entendió verificada la entrega al haberse ingresado en cuenta la suma prestada, y 7 de octubre de 1994 (TOL1.666.249, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), dictada en un litigio sobre ventas enlazadas de fincas, en el que se apreció que no existía contrato por no haberse entregado la cosa. También, entre otras, *vid.* SSTS de 22 de mayo de 2001 (TOL4.974.352, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 7 de octubre de 2005 (TOL725.227, Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán) y 26 de marzo de 2007 (TOL1.050.579, Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

<sup>15</sup> TOL1.738.926, Ponente Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.

<sup>16</sup> TOL1.666.532, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes. La sentencia no puso en duda la entrega voluntaria de los efectos cambiarios, pero no consideró probada la entrega del dinero necesaria para el nacimiento del contrato real de préstamo alegado por el actor.

sino que quedaba depositado en una cuenta de la entidad prestamista y a medida que aquel presentase las certificaciones de obra iría recibiendo el capital<sup>17</sup>.

La regulación codificada del préstamo como contrato de naturaleza real y la entrega como requisito de su perfección, se han justificado en que no puede existir obligación de devolución a cargo del prestatario sin previa entrega. También se ha acudido a la falta de obligatoriedad de las promesas gratuitas de dar, lo que, unido a la regulación de este contrato como naturalmente gratuito (arts. 1740 y 1755 CC), hace precisa la *datio* como forma normal de exteriorizar la voluntad de obligarse<sup>18</sup>.

Conviene precisar que se equipara a la entrega de la cosa su puesta a disposición del prestatario. También puede recibirse la cosa con anterioridad al contrato. Así, se entenderá por realizada si el prestatario confiesa en la escritura pública que tiene por recibida la suma del préstamo<sup>19</sup>. Con gran vocación didáctica la STS de 31 de mayo de 1968 señaló: «lo esencial para la existencia del préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con obligación de devolverla en plazo determinado»<sup>20</sup>.

### 3. EL CONSECUENTE CARÁCTER UNILATERAL DEL CONTRATO DE MUTUO

De acuerdo con la definición legal de mutuo (contrato por el que «una de las partes entrega a la otra...dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad») como hemos señalado, la entrega de la cosa o *datio rei* por el

<sup>17</sup> TOL1.933.106, Ponente Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández. Se reclamaban por el promotor los daños debidos a la falta de liquidez que le provocó el pacto de unos plazos de ejecución de la obra de imposible cumplimiento lo que le impidió disponer del préstamo adecuadamente, pretensión que sería estimada.

<sup>18</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2018, p. 151, y JORDANO BAREA, 1958, pp. 100-103, aunque advierte que hay promesas gratuitas como la de fianza o la de pago por tercero que poseen carácter vinculante, aun desprovistas de forma especial. También PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.893, y ATAZ LÓPEZ, 2019, 64, quien explica cómo en Roma por el simple hecho de aceptarse la promesa de dar en préstamo, no surgía el contrato, ya que el contrato solo nacía cuando el promitente entregaba al promisorario la cosa que se había obligado a entregar.

<sup>19</sup> Cfr. SSTS de 28 de octubre de 1909 (TOL5.055.601, Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal), y 16 de octubre de 1993 (TOL1.663.957, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes).

<sup>20</sup> TOL4.276.660, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero. El demandado alegaba que los fondos percibidos, no lo fueron en concepto de préstamo, sino fruto de un saldo deudor después de practicada una liquidación de sociedad habida con el acreedor, alegación que sería desestimada.

prestamista forma parte de la fase de perfección, no de la consumación o cumplimiento contractual. Por tanto, este no generará obligaciones para el prestamista, sino solo para el prestatario, quien habrá de devolver la cantidad recibida. En definitiva, de este carácter real se derivará su naturaleza unilateral puesto que solo hacer surgir obligaciones para una de las partes<sup>21</sup>. En tal sentido, Pothier definió los contratos bilaterales o sinalagmáticos como aquellos en que cada una de las partes contratantes se compromete para con la otra; mientras que los contratos unilaterales son aquellos por los cuales solo uno de los contratantes se compromete para con la otra, y ponía como ejemplo de estos últimos al contrato de préstamo<sup>22</sup>. Los caracteres, real y unilateral, del mutuo conllevan una regulación legal que únicamente comprende la fase posterior a la entrega de la cosa (art. 1740 CC), y no la previa, porque normalmente la entrega se produce en el momento de conclusión del acuerdo<sup>23</sup>.

Han sido innumerables los pronunciamientos que han corroborado el carácter unilateral del préstamo y lo han vinculado a su naturaleza real, como la STS de 12 de febrero de 1946 que señaló: «La naturaleza jurídica del préstamo... determina su perfección contractual por la entrega y consiguiente transmisión del dominio de la cosa prestada, sin producir otro contenido de obligaciones que el de las de índole unilateral que el prestatario contrae<sup>24</sup>» y, en modo análogo, la STS de 6 de marzo de 1999: «El pacto de préstamo alcanza su perfección contractual por la entrega y transmisión de las cosas prestadas, generando el contenido obligacional esencial, de índole unilateral, a cargo del prestatario, en cuanto queda sujeto a devolver lo recibido»<sup>25</sup>.

El Tribunal Supremo, hasta hace relativamente poco, ha recalcado el carácter unilateral del préstamo, aunque el contrato sea oneroso en virtud de un eventual pacto de intereses porque, en tal caso, el prestatario continúa como el único obligado<sup>26</sup>. No obstan-

<sup>21</sup> *Vid.*, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.603; ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, pp. 4.469-4.470; PETIT LAVALL, 2013, p. 5.839, y BATALLER RUIZ, 2011, p. 888.

<sup>22</sup> POTHIER, 1859, p. 15. Como señala DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1985, p. 531, nota 3, en los contratos reales «solo una de las partes (el *accipiens*) promete. La otra no formula una promesa, sino que entrega una cosa bajo ciertas condiciones».

<sup>23</sup> *Vid.* JORDANO BAREA, 1958, pp. 134 y 135; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTROS, 2018, pp. 151-152, y LACRUZ BERDEJO, 2013, pp. 162-163, aunque reconoce que en la práctica bancaria tarda algún tiempo en llegar los fondos a la cuenta del acreditado.

<sup>24</sup> TOL4.455.794, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez.

<sup>25</sup> TOL5.120.687, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

<sup>26</sup> Cfr. STS de 22 de mayo de 2001 (TOL4.974.352, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez): «El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que solo se da en algunos

te, analizaré determinados pronunciamientos y opiniones doctrinales que han advertido que el pacto de intereses convierte el mutuo en un contrato bilateral. Y también estudiaré la admisión de un contrato de mutuo consensual, al margen del específicamente regulado en los artículos 1740 ss. del Código Civil.

### III. EL CONTRATO DE MUTUO CONSENSUAL

#### 1. LA ADMISIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO CONSENSUAL

Examinada la configuración por el Código Civil del mutuo como contrato real, debemos estudiar el valor del consentimiento otorgado para la realización de un préstamo sin mediar la entrega. Esto es, si cabe construir un préstamo como contrato consensual que obligue al prestamista a la entrega de la cosa y, concretamente, legitime al prestatario a exigir el cumplimiento de tal obligación.

Debe partirse de que el Código Civil, de forma general, cimenta el contrato a partir del consentimiento de las partes, momento que marcará su perfección de acuerdo con los artículos 1254 y 1258. Además, reconoce en su artículo 1255 la autonomía de la voluntad contractual, sin que se prohíba este tipo de contratos. Y es que con base en este precepto las partes, al fijar el contenido del contrato, indirectamente también determinan el tipo contractual<sup>27</sup>. Por tanto, se debe admitir el contrato de mutuo consensual del que surgirá para el prestamista la obligación de entregar la cosa<sup>28</sup>. Algún autor francés afirmó que la naturaleza del préstamo no exigía la entrega de la cosa, porque lo mismo cabría afirmar de todo contrato en el que una parte se obliga a entregar una cosa y la otra a devolverla, como por ejemplo el arrendamiento; y se añadía que siempre que las partes se han

---

grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto solo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda, no da al prestamista la posición de obligado».

<sup>27</sup> ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 149.

<sup>28</sup> *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 801, quien señala «no es razonable estimar que en un Derecho que, como el nuestro, parte de la base de que la raíz del contrato está en el acuerdo de voluntades, rechaza absolutamente la obligatoriedad jurídica —es decir, el valor de contrato— de tal acuerdo, cuando decididamente las partes quieren quedar jurídicamente obligadas por él»; LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162, quien se fundamenta en el artículo 1255 CC para afirmar que «es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obligue a entregar la cosa o cantidad en tal o cual fecha, y la otra parte a restituir en su día las cantidades que recibirá en el futuro...». En análogo sentido, DíEZ-PICAZO, 2010, pp. 553-554, señala que ningún contrato «está pensado para que la regla de la consensualidad no le sea aplicable», y PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.893.

puesto de acuerdo sobre la cosa y la duración del préstamo nada se opone a que el contrato nazca inmediatamente<sup>29</sup>.

Pero estos contratos de mutuo de constitución consensual no dejan a su vez de ser reales, desde la perspectiva de que no se puede pedir la restitución de lo que no se entregó. Si bien, la entrega ya no es, como lo era en el Derecho romano, un elemento de perfección del contrato<sup>30</sup>. Efectivamente, en el mutuo consensual la *datio rei* por el prestamista es cumplimiento de una obligación previamente asumida y, por tanto, ejecución del contrato<sup>31</sup>. El hecho de que la obligación de restitución no surja hasta la entrega por el prestamista no convierte en reales a estos contratos, sino que es simple consecuencia de que la entrega ha de preceder a la restitución<sup>32</sup>.

El Tribunal Supremo ha aceptado en diversos pronunciamientos el contrato de préstamo de tipo consensual. Con enorme claridad en su sentencia de 22 de diciembre de 1997 se refiere a la coexistencia de estos dos tipos de préstamo al señalar que «... en nuestro derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos». No obstante, el contrato objeto de litigio fue calificado como un préstamo real dado que la entrega del dinero tuvo lugar al momento de su firma<sup>33</sup>.

La STS de 26 de marzo de 2007, con fundamento en el artículo 1255 CC, permite el contrato de préstamo consensual, mediante el que una de las partes se obliga a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo, añade, sin que sea óbice a ello la falta de regulación de la fase consensual previa. No obstante, llama la atención que el contrato objeto de pleito se califique como real a pesar de no entregarse la totalidad de la suma prometida en el momento de su perfección, pues se trataba de un préstamo a un promotor inmobiliario mediante el que la prestamista se comprometió a entregar el resto una vez la obra alcanzara determinados niveles de ejecución<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> CAPITANT, 2019, pp. 42-43, quien además considera un error estimar que el contrato de préstamo es de tipo real por su naturaleza económica y la fuerza de las circunstancias, ya que en la práctica el contrato se halla perfecto y el prestatario se obliga antes de poner en sus manos la cantidad que necesita.

<sup>30</sup> LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162.

<sup>31</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.601.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 165-166, quien añade que lo mismo sucede en el arrendamiento, dado que el arrendador no puede pedir la restitución de la cosa si esta no se ha entregado al arrendatario.

<sup>33</sup> TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo. Se trataba de una operación en garantía de la cual el prestatario aceptó una letra de cambio, librada a su propia orden por el prestamista, y otorgó un poder notarial para constituir hipoteca, que sería revocado antes de su formalización.

<sup>34</sup> TOL1.050.579, Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. La posición contractual de la promotora, quien aún no había percibido la totalidad de lo

Este planteamiento contrasta con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 2018, que tácitamente avala la configuración consensual de un préstamo al apreciar su perfección, aunque no se hubiese entregado todo el capital objeto de contrato<sup>35</sup>.

La STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018 (en cuyo estudio profundizaremos) admite al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC) «la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar». Es más, sostiene que, como regla general, a la entrega del capital suele preceder un acuerdo. En el caso resuelto por esta sentencia se había hecho constar en la escritura pública de préstamo hipotecario que el prestatario había percibido la suma con anterioridad, lo que para el Tribunal Supremo demuestra que el instrumento público documentó el previo acuerdo<sup>36</sup>.

Lo cierto es que en la práctica bancaria el préstamo es un contrato consensual, en virtud del cual el prestamista se obliga a entregar la suma acreditada y el prestatario a recibirla y a devolverla<sup>37</sup>. Así, el préstamo en cuenta corriente es de tipo consensual puesto que la entidad crediticia devenga la comisión en el primer instante, antes de que se produzca la primera extracción del dinero y, además, la entrega de la cantidad por la entidad prestamista se produce con posterioridad a la suscripción del contrato<sup>38</sup>.

Para otros autores el hecho de que la entrega se demore no supone el cumplimiento de una obligación, ni que este contrato de

---

prometido, fue objeto de cesión a un tercero y la entidad prestamista demandada por el cesionario del crédito alegó que del contrato de préstamo solo surgían obligaciones para el prestatario, dado su carácter real, pero no derechos. El TS rechaza tal argumentación dado que del contrato en cuestión también surgió a favor de la entidad prestataria un crédito contra el prestamista por la suma aplazada que se obligó condicionadamente a entregarle. No obstante, como la obligación de prestar se encuentra unida a la obligación de devolver y un cambio en el receptor de la suma conllevaría un cambio de deudor, la sentencia no tuvo por realizada la cesión al faltar el consentimiento de la prestamista (art. 1205 CC).

<sup>35</sup> BOE, 7 de agosto de 2018. Se trataba de una escritura de préstamo hipotecario en la que figuraba que la sociedad acreedora había entregado a la parte prestataria solo una parte del importe del préstamo, en concreto 12.800 € de los 21.700 € a que ascendía; y el resto fue retenido por la prestamista para el abono de gastos de intermediación, tasación, notaría, gestión, tributarios y registrales.

<sup>36</sup> TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. Señala al respecto: «...la entrega del dinero es en la mayor parte de los casos el cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo».

<sup>37</sup> GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2009, p. 1.195.

<sup>38</sup> *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 2013, pp. 162-163, quien advierte que en la práctica bancaria se tarda algún tiempo en ingresar los fondos en la cuenta corriente del prestatario; ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.470, y GONZÁLEZ PORRAS, 2014, p. 369, en referencia a las pólizas de crédito.

mutuo deje de ser unilateral, porque no nacerá hasta la entrega<sup>39</sup>. Ahora bien, como señala la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, la entrega del capital es en la mayor parte el cumplimiento de un previo acuerdo, por lo que tal entrega posterior no suprime el carácter consensual y bilateral del contrato<sup>40</sup>.

De otra parte, el préstamo de carácter consensual se ha impuesto en las leyes especiales que regulan la contratación con consumidores. El artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, regula una oferta vinculante de la entidad de crédito que pretende subrogarse en la posición de la anterior acreedora. En la misma línea, el artículo 16 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, dispone que la oferta vinculante que realicen las entidades de crédito tendrá un período de validez no inferior a diez días hábiles desde su entrega.

De modo análogo, el artículo 1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos crédito al consumo, define al contrato de crédito al consumo como aquel contrato en que un prestamista (que de acuerdo con el artículo 2.2, será una persona física o jurídica que ejerce comercial o profesionalmente la actividad) concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación<sup>41</sup>.

Igualmente, la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, permite un préstamo consensual, pues su artículo 4 define el contrato de préstamo como «el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario»<sup>42</sup>.

En efecto, tales definiciones de los contratos de crédito al consumo y crédito inmobiliario no exigen expresamente que la suma

---

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, pp. 49-50.

<sup>40</sup> *Vid.* nota 36.

<sup>41</sup> *Vid.* ORDÁS ALONSO, 2013, p. 43. Sin embargo, para DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 568, la expresión «concede o se compromete a conceder», hace que en la ley penetren tanto los contratos de crédito consensual como los de carácter real. Nosotros entendemos, junto con la primera autora, que se trata de una referencia a la oferta vinculante que puede existir o no, en función de que el consumidor la exija. En este sentido, el artículo 8 impone al prestamista, que ofrezca un crédito a un consumidor, entregarle antes de la celebración del contrato, si aquél así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como oferta vinculante que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él.

<sup>42</sup> *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 142-143, quien añade que de no ser consensual el préstamo, no sería entendible la protección que dispensa al prestatario durante la preparación del contrato, antes, por tanto, de la entrega del capital.

haya sido entregada. En el ámbito doctrinal, también se han considerado a estos acuerdos de concesión del crédito comunicados por el prestamista al prestatario como una manifestación del préstamo consensual (art. 1262 CC)<sup>43</sup>.

Por otro lado, en el Marco Común de Referencia para la Unificación del Derecho privado europeo (DCFR), así como en algunos códigos civiles de nuestro entorno, el préstamo se configura como un contrato consensual. Así sucede en el BGB alemán, o en el Código Civil holandés que, sin embargo, en caso de que el prestamista no sea profesional, niega efectos obligacionales al acuerdo hasta que se produzca la entrega al prestatario o se formalice por escrito<sup>44</sup>. Por esta tendencia, se ha proclamado la necesidad de que el legislador considere con carácter general al préstamo, y también al comodato, contratos consensuales<sup>45</sup>.

En estos préstamos consensuales, la entrega de la cosa por el prestamista no resulta un presupuesto de la perfección del contrato (como ocurre en los de tipo real), sino una obligación derivada del contrato. Por tanto, junto a la restitución del prestatario, resulta necesario articular la obligación del prestamista, la cual no se encuentra regulada en nuestro Código Civil, y se estima que, de producirse cambios en la solvencia del prestatario, el prestamista quedará exonerado de su cumplimiento<sup>46</sup>.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil también configura un préstamo de carácter consensual. Concretamente, su artículo 573-1 señala que por este contrato «el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que este le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés». Por tanto, no exige la entrega de la suma monetaria para que se perfeccione el contrato. Esto lo confirma el artículo 573-2 que, al

<sup>43</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.601.

<sup>44</sup> Cfr. artículo IV. F.-1:101 del DCFR, apartado segundo: «Un “contrato de préstamo” es aquel en virtud del cual una de las partes, el prestamista, se obliga a proporcionar a la otra parte, el prestatario, un crédito de cualquier importe durante un periodo definido o indefinido (duración o plazo del préstamo) en la forma de un préstamo dinerario o de un crédito al descubierto, y por el cual el prestatario se obliga a reembolsar el dinero obtenido, con independencia de si el prestatario está obligado a pagar intereses o cualquier otro tipo de remuneración que las partes hayan acordado». *Vid.* traducción en VAQUER ALOY, 2015, p. 275. Cfr. parágrafo 488.1 del BGB: «A través del contrato de préstamo el prestamista está obligado a proporcionar al prestatario una cantidad de dinero en la cuantía acordada...»; y artículo 129 del libro 7 Código Civil Holandés: «1. El contrato de préstamo es el contrato de crédito en virtud del cual una de las partes, el prestamista, se compromete a proporcionar al prestatario una suma de dinero y el prestatario se compromete a reembolsar al prestamista la suma de dinero correspondiente», «2...pero si es un prestamista no profesional, el contrato no obliga hasta la entrega o su formalización por escrito».

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 165-166.

<sup>46</sup> Díez-PICAZO, 2010, p. 554. Igual solución adopta el artículo 1822 del Código Civil italiano.

regular la obligación del prestamista de entregar la cantidad pactada, dispone que se hará «en el tiempo, forma y condiciones convenidas», y añade que «salvo pacto en contrario la entrega del capital se llevará a cabo desde luego». En definitiva, el momento de la entrega de la suma monetaria no ha de coincidir necesariamente con la conclusión del contrato<sup>47</sup>.

Por último, conviene diferenciar la modalidad de mutuo consensual del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, referido este último marginalmente en el artículo 175, regla 7.<sup>a</sup>, CCom., como una de las actividades propias de las entidades de crédito. El contrato de apertura de crédito posee carácter consensual al tener por objeto la creación de una disponibilidad crediticia, con independencia de que se haga o no uso del crédito; y bilateral dado que el acreditante, en ejecución del contrato, debe facilitar el importe concertado, y el acreditado restituirá lo dispuesto con el abono de comisiones e intereses<sup>48</sup>. Así, el artículo 574-1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil lo define como un contrato por el cual «una de las partes, acreditante, se obliga, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a poner a disposición de la otra parte, acreditado, una suma o sumas monetarias, o a efectuar las prestaciones previstas en el contrato que le permitan obtenerlas, a cambio de una retribución»<sup>49</sup>.

## 2. EL PRECONTRATO O PROMESA DE CONTRATO DE MUTUO

Durante la primera mitad del pasado siglo, algún autor, partidario del carácter real del mutuo, defendió que el acuerdo de entregar en concepto de préstamo, sin mediar la entrega, es simplemente un precontrato y no un mutuo de tipo consensual<sup>50</sup>. Es más, De Castro negó la posibilidad de un precontrato real porque las características

<sup>47</sup> Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborado por la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, tras el Dictamen del Consejo de Estado (marzo de 2018). [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661Propuesta\\_de\\_la\\_Seccion\\_Segunda\\_de\\_Derecho\\_Mercantil\\_del\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_Codigo\\_Mercantil\\_.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661Propuesta_de_la_Seccion_Segunda_de_Derecho_Mercantil_del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF) (consultado en mayo de 2021).

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, 584-588, y ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 151. Como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, p. 319, el acreditante (banco) se obliga a poner a disposición del acreditado (cliente) el crédito hasta una determinada cantidad y bajo determinadas condiciones.

<sup>49</sup> De modo análogo, GARRIGUES, 1975, p. 185, definió este contrato como aquel «por el cual el banco se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de este, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente».

<sup>50</sup> MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 491-493.

propias de los contratos reales tipificados como gratuitos quedarían desdibujadas de admitirse aquel, que debería tener su propia causa<sup>51</sup>. Para otros autores más recientes, la promesa de mutuo es un contrato consensual de naturaleza atípica, pero no un mutuo<sup>52</sup>. En parecido sentido, se señala que la promesa de mutuo difiere del préstamo, pero obliga a prestar, como la promesa de venta obliga a vender. Ahora bien, en caso de tratarse de un préstamo gratuito resulta absurdo que el promitente se viera obligado a otorgar un préstamo a una persona insolvente; no así en el caso de préstamos onerosos, en los que el prestamista evalúa previamente la solvencia del prestatario, y el riesgo de insolvencia forma parte del riesgo típico de estos contratos<sup>53</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, estimo que los préstamos en los que no se entrega simultáneamente la cantidad no son meros precontratos de un mutuo de tipo real, sino verdaderos contratos de préstamo consensuales que, por tanto, obligan a la *datio rei*<sup>54</sup>. Tal promesa de préstamo puede ser unilateral o bilateral, según se prometa solamente entregar la cantidad o se prometa también recibirla, pero para que esta promesa constituya un mutuo consensual resulta preciso que, además de prometerse a dar el mutuo, se prometa recibirlo, porque si no existe obligación de recibirlo será unilateral<sup>55</sup>.

La STS de 4 de mayo de 1943, en la que discutía la perfección de un préstamo concertado antes de la Guerra Civil, que de haberse producido impediría su revisión conforme a la normativa del régimen

<sup>51</sup> DE CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1.172, para quien los contratos reales «tienen una especial condición que les hace inaptos para objeto de un precontrato, en el que la especialidad de su causa (gratuidad tipificada) les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares (arts. 1743, 1748, 1755, 1776, 1780); mientras que el convenio consensual de prestar o depositar, que es lo que en realidad sería el precontrato en tales casos, necesitaría su propia causa (onerosa o gratuita) que matizaría toda la relación, excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código». En cambio, MANRESA, 1972, p. 798, admitía la eficacia y el valor jurídico de la promesa de préstamo.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, Y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, p. 50. En parecido sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.983, dice que el contrato de mutuo será siempre un contrato real, sin perjuicio de que se pueda celebrar una promesa de préstamo.

<sup>53</sup> ATAZ LÓPEZ, 2019, pp. 78 y 90 y 91.

<sup>54</sup> *Vid.* JORDANO BAREA, 1958, p. 141; ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 800, quien, en referencia a otros autores que exigen la entrega de la cosa para que exista contrato y a la vez admiten el precontrato de préstamo, señala que «verdaderamente no se habrá hecho otra cosa que dar un rodeo para aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega», porque para el autor lo que esta línea de pensamiento llama precontrato es en realidad un mutuo consensual, y PUIG BRUTAU, 1982, pp. 373-374, para quien «el pretendido precontrato de contrato real de mutuo es un verdadero contrato consensual, pues carece de sentido entender que la obligación de entregar una cantidad en concepto de préstamo no forma una unidad con la obligación resultante de esta efectiva entrega cuando ambas obligaciones están previstas y reguladas en el contrato inicial». Comparte la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.894.

<sup>55</sup> ENNECERUS Y LEHMANN, 1966, pp. 413, 426 y 430.

político posterior, no apreció la existencia de un contrato de préstamo al no haber mediado entrega por el prestamista, sino simplemente un acuerdo para ello<sup>56</sup>. El TS calificó esta operación como una promesa de contrato, pero a la vez consideró a la promesa de préstamo generadora de la obligación de entrega, sin requerir para su exigibilidad la prestación de nuevo consentimiento. Por tanto, desde esta perspectiva, el acuerdo mediante el que un prestamista se compromete a la entrega constituye un verdadero contrato de mutuo consensual que obligará a entregar la cosa, y no simplemente a otorgar un nuevo consentimiento<sup>57</sup>. Con todo, es preciso señalar que el supuesto de hecho de esta sentencia no se refería a una acción tendente a hacer cumplir una promesa de préstamo<sup>58</sup>.

El planteamiento de la anterior sentencia ha sido reiterado por la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, que señala: «La “promesa” de préstamo es un verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente...»<sup>59</sup>.

### 3. EL MUTUO CONSENSUAL GRATUITO

A los efectos de la posible aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo, también interesa determinar si resulta concebible un mutuo consensual de tipo gratuito. Estaríamos ante un contrato mediante el que una parte se compromete a entregar a la otra una cosa fungible, y esta a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en un determinado plazo, sin intereses. Por tanto,

<sup>56</sup> TOL4.458.844, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez. Concretamente, en 1935 se había otorgado una escritura pública por el Instituto Nacional de Previsión y la Cooperativa de Casas Baratas en favor de los Agentes Comerciales y Empleadas del Colegio Oficial de Agentes Comerciales de Valencia, para la construcción de un bloque de casas, mediante la que la primera se obligó a entregar a la segunda, en el transcurso de dos años, a partir de la inscripción de la hipoteca que se constituyó, hasta la cantidad de 2.611.118,70 pesetas, a medida del avance de la obra. Y en ejecución del contrato se desembolsó una cantidad antes de la Guerra Civil.

<sup>57</sup> Cfr. el siguiente fragmento: «pero constituyó, indudablemente, un contrato perfecto de promesa de préstamo, preparatorio y garantizado de prestaciones de esta clase con sujeción a lo convenido, y creador por ello, de una relación jurídica que obligaba al Instituto Nacional de Previsión a entregar a la Cooperativa demandada en el presente pleito hasta la total cantidad de 2.611.118,70 pesetas, en el indicado concepto». Como señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.601, para esta sentencia «la promesa de mutuo es un contrato preliminar con idénticos efectos que los de un contrato consensual definitivo de préstamo (obligación de entregar la cantidad) y no efectos diversos o menores (simple obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados del incumplimiento)».

<sup>58</sup> PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.896.

<sup>59</sup> TOL6.664.586, Ponente Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. Conviene precisar que el caso resuelto por la sentencia no se trataba de una promesa de contrato, al haberse producido la entrega del dinero con anterioridad al otorgamiento de una escritura pública de préstamo. Pero la propia sentencia señala que tal entrega previa demuestra que el instrumento público no hizo sino documentar un acuerdo previo (*vid.* nota 36).

en el momento de perfeccionarse el contrato bastaría el consentimiento, sin entrega por el prestamista de la cosa prestada. La *datio rei* sería una obligación nacida del contrato que cumpliría el prestamista posteriormente, sin percibir intereses.

Entiendo que deben admitirse los préstamos consensuales gratuitos siempre que conste claramente la voluntad de obligarse a entregar la cosa objeto del contrato, de tal manera que ese acuerdo trascienda de un mero compromiso de cortesía, porque no existe una norma específica que prive de fuerza obligatoria a tal pacto<sup>60</sup>. El problema se plantea porque no se sabe cuándo la promesa de prestar se realiza con la intención de obligarse, y cuándo se hace por cortesía y buena voluntad<sup>61</sup>. Algún autor excluye la obligatoriedad del mutuo consensual gratuito salvo que conste por escrito el compromiso del prestamista de entregar, con base en el artículo 632 CC que permite las donaciones de bienes muebles sin entrega simultánea, siempre que se adopte la forma escrita<sup>62</sup>. Podría pensarse que el préstamo gratuito no debiera contemplarse desde la misma perspectiva que una donación, toda vez que en el primero habrá de devolverse lo entregado o equivalente, a diferencia de lo que sucede con la cosa donada. Ahora bien, resulta paradójico que una donación de 100 € requiera de forma escrita para obligar (cuando no medie entrega simultánea), pero un préstamo sin intereses de 100.000 € a devolver en 10 años pueda hacerse en forma verbal<sup>63</sup>.

La STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018 señala que el pacto de intereses en el contrato de préstamo es un indicio de su carácter consensual, de que se perfeccionó con el consentimiento<sup>64</sup>. Tal afirmación, sin dejar de ser cierta, no debe impedir que el préstamo gratuito pueda ser consensual, como el oneroso puede ser real, de acuerdo con la configuración negocial que le den las partes. Por tanto, no se puede limitar, al menos en teoría, el préstamo consensual a aquel en que existan intereses.

---

<sup>60</sup> JORDANO BAREA, 1958, p. 140 ss., quien señala: «cuando resulte clara la voluntad de los contratantes de asumir un vínculo jurídico aun antes de la entrega, para negar a este pacto la normal fuerza contractual obligatoria, sería necesaria una norma *ad hoc*, que actuara como límite excepcional del principio general de la relevancia jurídica de todo acuerdo con contenido patrimonial lícito (arts. 1254, 1255, 1258 y 1278 CC)».

<sup>61</sup> ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 88.

<sup>62</sup> ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 801. En esta línea el artículo 129 b) del libro 7 del Código Civil Holandés exige la entrega de la cosa al prestatario o la formalización del préstamo por escrito, en caso de prestamistas no profesionales. También DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.983, limita los precontratos de mutuo a los de carácter oneroso.

<sup>63</sup> ATAZ LÓPEZ, 2019, pp. 89-90.

<sup>64</sup> Señala al respecto: «El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento... De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses...».

Con todo, lo cierto es que los préstamos gratuitos son claramente residuales, limitados a las relaciones familiares y de amistad. Además, en dicho entorno serán normalmente contratos verbales lo que dificultará la prueba de un acuerdo que trascienda de un mero compromiso de cortesía. Actualmente se abre paso la posible eficacia de estas promesas en instrumentos de unificación del derecho europeo como los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y el DCFR, y en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCCOC), pero seguirán surgiendo estos problemas porque las normas no exigen un requisito de forma esencial para la obligatoriedad de estas promesas gratuitas<sup>65</sup>.

#### **IV. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE MUTUO**

En los siguientes epígrafes estudiaré la posibilidad de resolver por incumplimiento el contrato de mutuo, según las diferentes modalidades vistas: el consensual y el real. La aplicación del artículo 1124 CC resultará de extraordinaria importancia en los casos en que no se haya previsto contractualmente una cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, o esta fuera declarada nula por abusiva. El artículo 1124 CC será el precepto que permita al prestamista reclamar la devolución de los plazos impagados y además los pendientes de vencer. De no aplicarse tal artículo, el prestamista continuaría obligado a respetar el plazo concedido al prestatario y únicamente podría reclamar los plazos vencidos.

Concretamente, analizaré la posibilidad de aplicar a estas figuras la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC que, en su literalidad, se limita a las obligaciones recíprocas, como así ha declarado reiteradamente la jurisprudencia<sup>66</sup>. El artículo 1124 CC no solo no ha recogido los contratos unilaterales, sino que otros

---

<sup>65</sup> ATAZ LÓPEZ, 2019, pp. 99-102 y 110-112. Así, el artículo 2:102 de los PECL, dispone «La voluntad de una parte de vincularse contractualmente se determina a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como estas fueran razonablemente entendidas por la otra parte»; el artículo II. 4:102 del DCFR, señala «La intención de una parte de asumir una relación jurídica vinculante o de producir otro efecto jurídico debe valorarse de acuerdo con sus declaraciones y su conducta, tal como fueron interpretadas razonablemente por la otra parte»; y el 451-1.2 de la PMCCOC admite la donación obligacional, y establece que en tal caso «rigen las reglas de los contratos...» sin sujetarla a las exigencias formales de las donaciones.

<sup>66</sup> Cfr., entre otras, SSTs de 5 enero de 1935 (TOL5.025.857, Ponente Excmo. Sr. D. José Castán); 16 de abril de 1991 (TOL1.728.934, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda); 22 de diciembre de 1997 (TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo); 13 de mayo de 2004 (TOL420.573, Ponente Excmo. Sr. D. Cle-

preceptos del Código Civil no prevén la resolución por incumplimiento de estos contratos, como el artículo 1744 CC que, ante el incumplimiento del comodatario de usar la cosa conforme al destino pactado, se limita a sancionarlo con la responsabilidad por pérdida de la cosa, y el artículo 1749 CC, que no permite reclamar su devolución sino después de concluido el uso para el que se prestó. En la misma línea, el artículo 1767 CC sanciona al depositario que se sirve de la cosa con la indemnización de daños y perjuicios, sin contemplar la resolución del contrato<sup>67</sup>.

No obstante, veremos que el ámbito de aplicación del artículo 1124 CC se ha desarrollado más allá de los contratos bilaterales en sentido estricto, es decir, entendidos como fuente de obligaciones para ambas partes.

Con carácter previo a estas cuestiones es necesario estudiar el fundamento de la resolución del contrato por incumplimiento regulada por el artículo 1124 CC.

## 1. EL FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

En los siguientes epígrafes expondré las diferentes teorías que se han elaborado en torno al fundamento de la resolución de los contratos, después de lo que haré una valoración crítica de esta cuestión.

### 1.1 Teorías formuladas

Se han elaborado diversas teorías para explicar el fundamento de la resolución por incumplimiento. Son la teoría de la condición resolutoria tácita, la teoría de la causa recíproca, la teoría del *sinalagma* funcional, la teoría de la sanción, y las de la reparación, equidad y poder novatorio del acreedor.

De acuerdo con la teoría de la condición resolutoria tácita, la resolución contractual se basa en la voluntad de las partes, y su naturaleza es la de una condición resolutoria sobreentendida<sup>68</sup>. Esta teoría ha sido objeto de críticas porque la resolución no es una condición a pesar de su regulación en la sección primera, del capítulo III,

---

mente Auger Liñán); y de Pleno, de 11 de julio de 2018 (TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucán).

<sup>67</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 169, aunque, como señala el autor, bien es cierto que de acuerdo con el artículo 1775 CC la cosa debe restituirse al depositante desde que la reclame lo que hace innecesaria la previsión del remedio resolutorio.

<sup>68</sup> *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, 1991, p. 96.

del libro IV del Código Civil, dedicado a las obligaciones puras y condicionales<sup>69</sup>. Efectivamente, no deja de constituir una ficción entender que las partes han establecido una condición resolutoria; existen numerosas diferencias de funcionamiento y efectos entre la condición resolutoria y la facultad de resolver por incumplimiento; y, en último lugar, no se puede elevar a condición en sentido técnico un acto debido como es el cumplimiento<sup>70</sup>. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que el incumplimiento no conlleva que el contrato quede automáticamente resuelto puesto que la resolución es potestativa para el perjudicado quien, de acuerdo con el artículo 1124 CC, puede optar entre ella y el cumplimiento; o que la llamada condición resolutoria tácita se impone por ministerio de la ley por lo que no surge de la voluntad de las partes como el elemento accidental de la condición<sup>71</sup>.

La PMCCOC regula la resolución contractual en los artículos 1199 a 1204 como uno de los remedios de que disponen las partes de un contrato ante un incumplimiento que, como dispone el primero de los preceptos, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. Por tanto, abandona el rastro conceptual de la condición al que aludimos, presente en el Código Civil<sup>72</sup>.

Por otro lado, se ha intentado explicar la resolución por medio de la llamada teoría de la causa recíproca, para la cual este elemento contractual no solo ha de concurrir en la formación, sino también durante la ejecución del contrato, de tal manera que si desaparece se extinguirá el contrato. Se trata de analizar íntegramente la voluntad de cada contratante, tras lo cual se llega a la conclusión de que lo querido es obtener la prestación que le ha sido prometida por la otra parte<sup>73</sup>. Los detractores de esta teoría advierten que la causa solo debe existir en el momento de la formación del contrato, y que si tuviera influencia posterior el contrato sería nulo y no resuelto<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 811 ss.

<sup>70</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 30 ss.

<sup>71</sup> SSTs de 2 de diciembre de 1898 (TOL5.067.050, Ponente Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa); 14 de noviembre de 1962 (TOL4.333.514, Ponente Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar y Ayllón) y 25 de marzo de 1964 (TOL4.324.940, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcarce), que señala: «regulando el artículo 1124 una facultad atribuida a la parte perjudicada ante el quebrantamiento de las obligaciones que la otra libremente contrajo... le asiste el derecho de opción entre exigir su cumplimiento o la resolución del contrato, con la indemnización que le corresponde y con que como sanción la impone el juzgador, facultad resolutoria que, a diferencia de la condición resolutoria propiamente dicha, tiene carácter facultativo pudiendo los tribunales moderar su rigor en aquel supuesto, prorrogando el plazo de cumplimiento». En análogo sentido, STS de 30 de diciembre de 2015 (TOL5.625.161, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 80.

<sup>73</sup> CAPITANT, 2019, pp. 26-27.

<sup>74</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 270-271.

Como derivación de la anterior, se formuló la teoría del sinalagma funcional, que mantiene que los contratos bilaterales exigen en la fase de formación una dependencia recíproca entre las obligaciones de las partes, denominado sinalagma genético; pero dicha reciprocidad igualmente se requiere durante la ejecución del contrato, la cual recibe el nombre de sinalagma funcional, que se refiere al nexo entre dos prestaciones, pero consideradas en el momento de ejecución del contrato, por lo que resulta preciso que el contrato despliegue los efectos previstos porque de lo contrario no pervivirá al romperse el sinalagma<sup>75</sup>.

Esta construcción recibió las mismas críticas que la teoría de la causa recíproca al ser una evolución de ella. No está claro que un elemento del contrato, como es la causa, pueda desaparecer en un momento posterior a aquel en que dicha estructura se ha formado y, por otro lado, la causa no puede comprender elementos tan dispares como el sinalagma genético que corresponde a la estática, y el funcional que afecta a la dinámica del contrato<sup>76</sup>. Además, no resulta preciso el sinalagma funcional para explicar la interdependencia de las prestaciones de cada parte, pues para ello basta con la noción de contrato bilateral, concebido como unión de obligaciones correlativas que son manifestaciones de una misma realidad, sin distinción entre génesis y función, porque las obligaciones recíprocas constituyen vínculos que obligan a prestar<sup>77</sup>. Al margen de lo anterior, la interdependencia de las prestaciones de las partes puede existir en contratos que no son bilaterales en sentido estricto, como veremos al tratar la resolución del contrato de mutuo real<sup>78</sup>.

Desde otro punto de vista, se ha encontrado la causa de la resolución por incumplimiento en una sanción, como una acción que el ordenamiento jurídico otorga frente al deudor que ha incumplido<sup>79</sup>. Ahora bien, la resolución supone la pérdida del derecho a exigir la

---

<sup>75</sup> La acogió la STS de 3 de diciembre de 1955 (TOL4.381.745, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramon) que señaló: «considerando que las obligaciones bilaterales o recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: genético en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional con que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual cuya consecuencia jurídica recoge el artículo 1124 del Código Civil español». *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 107.

<sup>76</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 109; CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 279-280, y MONTE PENADÉS, 1989, pp. 1.183-1.184.

<sup>77</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, p. 280. Particularmente ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 31-32, considera que esta teoría ha contribuido a disgregar la noción unitaria de obligación, enturbiar el concepto de causa al abstraerlo de la génesis del contrato como si este pudiera nacer sin dicho requisito, y a colocar el fundamento de la resolución en principios que nada tienen que ver con la bilateralidad, como la ausencia de causa.

<sup>78</sup> *Vid.* la tesis interpretativa del ámbito del artículo 1124 CC en el epígrafe 3.2.2 del capítulo IV.

<sup>79</sup> *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 109, y CLEMENTE MEORO, 1992, p. 281.

ejecución para ambas partes, no solo para la incumplidora porque las dos se ven liberadas de sus obligaciones, y la resolución no implica siempre un incumplimiento imputable al deudor ni un juicio de reprobabilidad de su conducta, el cual es necesario para la indemnización de daños y perjuicios, pero no para la resolución<sup>80</sup>. En definitiva, el artículo 1124 CC no posee la función de sancionar al contratante que incumpla sus obligaciones, sino permitir al otro recuperar lo entregado en ejecución del contrato incumplido<sup>81</sup>.

Para la teoría de la reparación, la resolución es un modo de compensación del perjuicio que el incumplimiento causa al acreedor porque, aunque puede exigir el cumplimiento, tal pretensión resultará vana si el deudor es insolvente. La resolución al dispensar al acreedor de su propia prestación (si no ha cumplido y debía cumplir antes la otra parte) o permitirle recobrar la ejecutada, hace desaparecer el perjuicio que resultaría de ejecutar su propia prestación sin contrapartida. A dicha forma de reparación se le añade la indemnización de daños y perjuicios cuando la actitud del deudor ha causado otros perjuicios<sup>82</sup>. En contra de esta teoría se ha argumentado que supone una confusión hablar de extinción del contrato e indemnización como formas de reparación porque la extinción del contrato no repara nada<sup>83</sup>. También se reprocha que ponga de manifiesto la utilidad de la resolución, pero descuide su fundamento al no explicar la derivación del instituto de la reciprocidad propia de las obligaciones bilaterales<sup>84</sup>.

Para la teoría de la equidad la solución del cumplimiento forzoso no puede ser la única, pues la ejecución puede resultar infructuosa en aquellos casos en que el deudor sea insolvente, e incluso ser imposible la prestación. Por tanto, resulta contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte<sup>85</sup>. Si el acreedor, tras el incumplimiento del deudor, se ve obligado a cumplir y a exigir el cumplimiento pese a que este probablemente no tendrá lugar, se puede crear una injusta atribución patrimonial que no resultará correspondida. Y si el acreedor ya ha cumplido y no recibe nada a cambio, ni probablemente la recibirá, con mayor motivo resultará injusto obligarle a exigir el cumplimiento con el mantenimiento de la atribución patri-

---

<sup>80</sup> DELL'ÁQUILA, 1981, pp. 155-157, y MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.185. Sobre este efecto liberatorio, *vid.* artículo 518-6 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

<sup>81</sup> *Vid.* MORALES MORENO, 2006, p. 43, y DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 814.

<sup>82</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, p. 283.

<sup>83</sup> MONTES PENADÉS, 1989, pp. 1.185-1.186.

<sup>84</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p.112.

<sup>85</sup> MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.184, y ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 113.

monial realizada por él<sup>86</sup>. La última hipótesis es la que normalmente se dará en el contrato de préstamo, pues de ordinario el prestamista habrá cumplido enteramente su prestación antes del incumplimiento del prestatario. Esta teoría corrobora las afirmaciones realizadas por la tesis de la causa con la que coincide en el fondo, pues evidentemente si la parte que ha cumplido su obligación ve frustrada su fin práctico, consistente en obtener la contraprestación de la otra parte, esta se habrá enriquecido injustamente por incrementar su patrimonio sin haberse desprendido de nada y se producirá un desplazamiento patrimonial sin causa<sup>87</sup>.

Por último, de acuerdo con la teoría del poder dispositivo novatorio, el fundamento de la resolución radica en que el Derecho atribuye al contratante cumplidor un poder novatorio renunciando al derecho a exigir el cumplimiento o prestación, obteniendo la liberación de sus obligaciones. Sin embargo, esta formulación confunde la clasificación de una institución, la resolución como derecho potestativo, y su fundamento, que no se explica<sup>88</sup>.

## 1.2 Valoración crítica

Gran parte de las teorías expuestas coinciden en apreciar el fundamento de la resolución contractual en la interdependencia de las obligaciones recíprocas que surgen del contrato bilateral<sup>89</sup>. Resulta preferible hablar de contratos bilaterales, y no de obligaciones bilaterales, ya que si se atiende a los sujetos de la relación jurídico-obligatoria todas las obligaciones son bilaterales, pues en todas ellas existe un acreedor y un deudor. A estos contratos se les denomina contratos bilaterales o sinalagmáticos, que son aquellos en los que cada uno de los contratantes es, a la vez, acreedor y deudor, y las obligaciones asumidas por ambas partes sirven de causa mutua por ser obligaciones recíprocas o interdependientes<sup>90</sup>. Esta idea de la causa recíproca como caracterizada de los contratos sinalagmáticos

<sup>86</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, p. 284. Sostiene esta teoría, DELL' AQUILA, 1981, pp. 161-164. En la jurisprudencia, *vid.*, entre otras, SSTS de 28 de enero de 1944 (TOL4.458.601, Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza Navarro); 2 de enero de 1961 (TOL4.337.329, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández); 21 de octubre de 1974 (TOL4.253.272, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Peral García), y 6 de noviembre de 1987 (TOL1.738.637, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba).

<sup>87</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 114.

<sup>88</sup> DELL' AQUILA, 1981, pp. 158-159, y CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 287.

<sup>89</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 117, y MONTES PENADÉS, 1989, p. 1189

<sup>90</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 163, y RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 164-165. *Vid.* ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 36-37, quien señala que fue DOMAT quien por primera vez formula la tesis de que en los contratos sinalagmáticos «la obligación de cada una de las partes constituye el fundamento, la causa de la del otro». No obstante, ALONSO PÉREZ, 1967, p. 43, prefiere hablar de contratos con obligaciones correlativas.

fue seguida por la doctrina francesa, los redactores del Código francés y los comentaristas de nuestro Código Civil<sup>91</sup>.

La bilateralidad se predica de los contratos mientras que la interdependencia lo hace de las obligaciones nacidas de estos contratos bilaterales<sup>92</sup>. De ellos surgirán obligaciones para ambas partes, de manera que el sujeto activo de una es a la vez sujeto pasivo de la segunda, son al mismo tiempo acreedores y deudores, pero de distintas obligaciones<sup>93</sup>. La reciprocidad es una unión o nexo indisoluble que se establece entre dos obligaciones -según los defensores del sinalagma genético- o entre las prestaciones -como sostienen los que admiten el sinalagma funcional- de forma que ambas son interdependientes, tienen su causa una en la otra y con carácter principal proceden del mismo contrato<sup>94</sup>. Así, la reciprocidad de las obligaciones se ve como un simple hecho circunstancial que caracteriza ciertas obligaciones; mientras que la interdependencia sí es un concepto jurídico ya que de él surgen consecuencias jurídicas. Y es que las obligaciones recíprocas pueden también surgir en el caso de las relaciones extracontractuales<sup>95</sup>.

El fundamento de la resolución es la interdependencia de las obligaciones recíprocas surgidas del contrato bilateral, en el cual las obligaciones asumidas por una de las partes constituyen la causa de las que incumben a la contraparte<sup>96</sup>.

La reciprocidad de las obligaciones supone correlación entre ellas, pero no mutua condicionalidad o interdependencia, porque las recíprocas nacen para satisfacer intereses opuestos (en el caso de la compraventa obtener el precio, adquirir la cosa). El vendedor se obliga a entregar la cosa no porque va a obtener el precio del comprador, sino en virtud de un vínculo jurídico como obligado a dar (art. 1088 CC). No se trata, por tanto, de que una obligación esté en función de la otra, que dependan mutuamente, simplemente representan intereses heterogéneos y tratan de satisfacerlos mediante el cambio. Se considera la reciprocidad no como causalidad mutua entre obligaciones o interdependencia, dado que una obligación no puede ser causa de la otra porque ambas surgen en el mismo instante, por lo que resulta preferible utilizar el término

<sup>91</sup> DÍEZ-PICAZO, *ADC*, 1963, p. 15. Cfr. MANRESA, 1967, p. 406, quien hablaba de «una reciprocidad tan perfecta, que haga proceder ambas obligaciones de una misma causa, siendo también cada obligación supuesto de la correlativa, no concibiéndose, en suma, la una sin la otra».

<sup>92</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, p. 292.

<sup>93</sup> DELL'AQUILA, 1981, pp. 23-25, y CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 33-34.

<sup>94</sup> ALONSO PÉREZ, 1967, p. 33.

<sup>95</sup> DELL'AQUILA, 1981, p. 24, quien hace referencia a la retribución del cargo del tutor por el desempeño de su cargo, antes contemplada en el artículo 276 CC.

<sup>96</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 117.

contrato con obligaciones correlativas. Así, en estos contratos bilaterales las obligaciones se encuentran en una posición correlativa, vistas en su sentido integral, como un todo, no solo atendiendo a la prestación, sino al vínculo, como algo inescindible<sup>97</sup>.

Con la precisión anterior, si son interdependientes las obligaciones, la resolución protegerá a la parte que ha cumplido o que se encuentra dispuesto a cumplir mediante la extinción de la relación obligatoria y, además en el primer caso mediante la restitución de la prestación ejecutada porque el vínculo se ha extinguido, el deudor no va a tener que cumplir, y de otra manera se produciría un enriquecimiento injusto<sup>98</sup>. La primera hipótesis, la resolución a instancia de la parte que ha cumplido, será la frecuente en materia del contrato de préstamo ya que por lo normal el prestamista habrá ejecutado su prestación con carácter previo al incumplimiento del prestatario<sup>99</sup>.

Estrictamente, la resolución no posee la función de sancionar al contratante que incumpla sus obligaciones, sino permitir al otro recuperar lo entregado en ejecución del contrato incumplido. Además, no intenta remediar la injusticia de la falta de cumplimiento, sino un injusto futuro y probable, la inanidad de la acción de cumplimiento, porque existe la posibilidad de que esta acción consiga un pobre resultado, o uno negativo, e incluso que los gastos necesarios no compensen el resultado y la posición de la parte cumplidora se agrave. Por ello, se ha visto que la naturaleza propia de la resolución por incumplimiento es la de una medida preventiva, no represiva, que intenta prevenir que se haga prácticamente inalcanzable la contraprestación de la parte incumplidora y la prestación de quien ha cumplido quede en el patrimonio del incumplidor sin correspectivo<sup>100</sup>.

La resolución opera de modo preventivo porque previene la posibilidad de que el contratante fiel, en nuestro caso el prestamista, además de la *iniuria* del incumplimiento, incurra en el ulterior perjuicio de que la prestación ejecutada permanezca en el patrimonio del incumplidor, el prestatario. De no existir la resolución contractual, al contratante cumplidor solo le quedaría la posibilidad de pretender el resarcimiento de los daños y perjuicios y la ejecución de la prestación. Se trata de una consideración de orden práctico de

<sup>97</sup> ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 33-35 y 43-44. Señala el autor (o.c., p. 38), que si ambas obligaciones surgen simultáneamente para que exista el contrato bilateral, son imprescindibles para formarlo, por lo que una no es causa de la otra porque son contemporáneas.

<sup>98</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 298-299.

<sup>99</sup> En el epígrafe siguiente, al tratar el préstamo de carácter consensual, veremos qué ocurre en caso de que el prestamista haya incumplido con su obligación de entregar la suma prometida.

<sup>100</sup> MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.188

que el mantenimiento del vínculo contractual en una situación de incumplimiento causará, en la mayoría de los casos, ulteriores perjuicios al contratante cumplidor<sup>101</sup>.

Esta pretensión de cumplimiento tropezará a menudo con la insolvencia del deudor que no aconsejará seguir respetando los plazos de devolución del préstamo que podrían haberse pactado, y en caso de garantías reales permitirá la ejecución de los bienes. Ello será particularmente notorio si el prestamista ha entregado la totalidad de la suma y ante el incumplimiento del prestatario, se le obliga a respetar los plazos de devolución que le pueda haber dado, tal y como veremos cuando tratemos la tesis interpretativa del ámbito del artículo 1124 CC en el epígrafe 3.2.2.2.

## 2. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO CONSENSUAL

Como hemos tenido ocasión de exponer, resulta admisible un préstamo de tipo consensual, con base en el artículo 1255 CC, mediante el cual el prestamista queda obligado a la entrega de la cosa, y el prestatario legitimado para exigir el cumplimiento de tal obligación<sup>102</sup>. En este tipo de acuerdos la entrega del dinero por el prestamista no constituirá un requisito de perfección del contrato sino una obligación dimanante de él, por lo que se unirá a la obligación de devolución asumida por el prestatario.

Al nacer del mutuo consensual obligaciones bilaterales –la de entrega del capital y la de su posterior devolución– el incumplimiento por el prestatario permitirá la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 1124 CC<sup>103</sup>. Estaríamos, por tanto, ante obligaciones recíprocas que, como señala la STS de 5 enero de 1935, exigen «no solo que en un mismo contrato se establezca prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad..., de donde se desprende fácilmente que... como ya tiene declarado esta Sala, es necesario para la aplicación del artículo 1124 CC, que el principio de reciprocidad esté tan perfectamente caracterizado,

<sup>101</sup> DELL' AQUILLA, 1981, pp. 161-163.

<sup>102</sup> Cfr. SSTS de 22 de diciembre de 1997 (TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo); 26 de marzo de 2007 (TOL1.050.579, Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), y de Pleno, de 11 de julio de 2018 (TOL6.664.586, Ponente Excmo. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán).

<sup>103</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1991, p. 1.623; PUIG BRUTAU, 1982, pp. 374-375; RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166, e YZQUIERDO TOLSADA, CSUD, 2018, p. 282.

que no se conciban unas obligaciones sin las otras <sup>104</sup>. Por tanto, en los contratos bilaterales las partes se obligan recíprocamente una respecto de otra, y las prestaciones de cada una son la contrapartida de las prestaciones de la otra <sup>105</sup>. Así, el fundamento de la resolución contractual es la interdependencia de las obligaciones recíprocas surgidas del contrato bilateral, en el cual las obligaciones asumidas por una de las partes constituyen la causa de las que incumben a la contraparte <sup>106</sup>.

Conviene precisar que hay contratos de los que surgen obligaciones para ambas partes sin que exista esa relación de reciprocidad, llamadas obligaciones bilaterales imperfectas o *ex post facto*, que se caracterizan porque no nacen en el momento de perfeccionarse el contrato, sino durante su desenvolvimiento, como nuevas obligaciones. Tal es el caso de los contratos de comodato y depósito, de los cuales pueden nacer para el comodante o depositante obligaciones indemnizatorias de gastos <sup>107</sup>. El incumplimiento de la obligación de indemnización que eventualmente puede surgir para el depositante o comodante no da lugar a la aplicación del artículo 1124 CC, por ausencia total de reciprocidad <sup>108</sup>.

Entiendo que resultan equivalentes la obligación del prestamista de entregar la suma objeto del préstamo y la obligación del prestatario de devolverla, por lo que cabría la resolución del contrato de mutuo consensual por incumplimiento, incluso si tuviera carácter gratuito. En sentido contrario, se ha visto que lo que determina la bilateralidad del mutuo consensual es la obligación de pago de intereses que asume el prestatario como contrapartida de la obligación de entrega del prestamista, por lo que el contrato de mutuo consensual gratuito no sería bilateral. Según esta postura, el hecho de que el mutuario asuma la obligación de devolución no es contrapartida de la de entrega por el mutuante, sino consecuencia de haber finalizado la duración del mutuo <sup>109</sup>.

<sup>104</sup> TOL5.025.857, Ponente Excmo. Sr. D. José Castán.

<sup>105</sup> Observa esta configuración del contrato bilateral en nuestro Código Civil, ALONSO PÉREZ, 1967, p. 45. En la doctrina alemana, ENNECERUS Y LEHMANN, 1954, p. 164

<sup>106</sup> *Vid.* epígrafe 1.2 de este capítulo.

<sup>107</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, p. 145, y LACRUZ BERDEJO, 2011, 481. POTHIER, 1859, pp. 15-16, los llamaba por esta razón, contratos sinalagmáticos imperfectos. ENNECERUS Y LEHMANN, 1954, pp. 163-164, preferían no hablar de contratos bilaterales imperfectos porque los escindía de los bilaterales aun siendo unilaterales.

<sup>108</sup> ALONSO PÉREZ, 1967, p. 53.

<sup>109</sup> ALBALADEJO GARCÍA, 2011, pp. 809-810. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PORRAS, 2014, p. 369. Por su parte, GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 272, aunque sostienen el carácter bilateral del contrato, señalan que la obligación de devolución del capital por el prestatario no lo convierte en sinalagmático, en tanto que es la liquidación del contrato.

Aunque veremos que también existe reciprocidad entre la obligación de pagar intereses por el prestatario y la obligación del prestamista de abstenerse de reclamar la devolución del capital hasta el vencimiento pactado, considero que los préstamos consensuales, ya sean onerosos o gratuitos, poseen carácter sinalagmático. Si comparamos el préstamo consensual con los contratos de compraventa o arrendamiento observamos que en el mutuo no se da la función de intercambio de estos contratos ya que se ha de devolver «simplemente» otro tanto. Sin embargo, ello no quita que realmente concorra la misma equivalencia entre las obligaciones de entrega y de «devolución» que entre las obligaciones de entrega de la cosa vendida y pago del precio, o cesión temporal del uso y pago de la renta.

Aquí observamos el sinalagma, que está formado por la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación y, concretamente, el de tipo genético porque en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación<sup>110</sup>. Resulta palmario que, en el mutuo consensual, sea oneroso o gratuito, la obligación de devolución es la causa de la obligación de entrega por el prestamista, puesto que «esta no se asumiría» sin el compromiso del prestatario de restituir<sup>111</sup>. Lo que ocurre, es que en el contrato consensual gratuito, esa causa, al no existir intereses, no se aprecia tan nítidamente.

En este sentido, el artículo 1274 CC describe los contratos sinalagmáticos al disponer que «se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»<sup>112</sup>. En el contrato de mutuo la entrega

<sup>110</sup> *Vid.* sobre este concepto de sinalagma, DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 432. De forma análoga, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166, señala que en los contratos consensuales el nacimiento de una obligación de cada parte depende del recíproco nacimiento de la obligación de la otra.

<sup>111</sup> Así, LARENZ, 1986, p. 298, observa que no solo es bilateral el contrato de préstamo oneroso, sino también el gratuito, pues existe la obligación del prestamista de ceder y abandonar el capital hasta su vencimiento.

<sup>112</sup> Cfr. STS de Pleno, de 11 de julio de 2018 (TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán) que sobre la facultad resolutoria señala: «Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC)». *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 2011, pp. 418 y 423, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, pp. 36-37, quienes advierten que el artículo 1274 CC al describir de tal modo la causa de los contratos onerosos lo hace dando por supuesto que se trata de un contrato bilateral o sinalagmático. *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.216, también observa dicho contrato bilateral en el artículo 1274 CC. Matiza, ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 40-41, que este precepto ni señala la causa de los contratos onerosos, ni mucho menos la de los bilaterales, sino únicamente la de las obligaciones derivadas de los contratos sinalagmáticos.

tiene su razón de ser en la obligación de devolución porque, sin esta, existiría otra causa contractual: una liberalidad<sup>113</sup>. Del mismo modo la devolución del importe por el prestatario no se hace con ánimo liberal, sino porque previamente se le había entregado por el prestamista<sup>114</sup>.

Debe traerse a colación la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, dictada sobre un préstamo consensual oneroso concedido para destinarse a la construcción de una residencia de ancianos en el que no se había previsto una cláusula de vencimiento anticipado por impago. En esta sentencia se estimó la resolución del contrato por incumplimiento de la prestataria quien no abonó ninguno de los plazos acordados. Este pronunciamiento admite implícitamente la resolución del mutuo gratuito, al señalar que será posible cuando el prestatario asuma, junto con la obligación de devolver el dinero, otros compromisos accesorios, dentro de los cuales no solo se contempla el pago de intereses y el destino pactado de la suma, sino incluso la devolución del capital en determinados plazos. Además, como advierte la sentencia, la entrega por el prestamista no aparece aislada como una obligación simple, sino que tiene su razón de ser en la confianza de que el prestatario cumplirá sus compromisos<sup>115</sup>. Dicho de otro modo, se realiza una prestación actual en la confianza de que, más tarde, se corresponderá con una prestación de la misma clase<sup>116</sup>.

Ahora bien, para que pueda resolverse el contrato consensual por incumplimiento de la obligación de devolución, es necesario que el prestamista haya entregado previamente la cosa objeto del contrato<sup>117</sup>. El Código Civil no establece nada sobre este particular porque regula el préstamo a partir del momento de la entrega, al configurarlo como un contrato de tipo real que exige la *datio* para

<sup>113</sup> Vid. CAPITANT, 2019, pp. 64 ss., donde estudia la causa de las liberalidades.

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166.

<sup>115</sup> TOL6.664.586, Ponente Excma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. Cfr. los siguientes fragmentos: «Por lo que se refiere al préstamo (mutuo)...si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 CC». «La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe».

<sup>116</sup> ENNECCERUS y LEHMANN, 1966, p. 412.

<sup>117</sup> PUIG BRUTAU, 1982, p. 374. Así, LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162, señala que desde el planteamiento de que no se puede pedir la devolución de lo que no se ha entregado, los contratos de préstamo siguen siendo reales.

su perfección. Sin embargo, resulta claro que, si nos encontramos ante un préstamo consensual, la falta de entrega por el prestamista permitirá al prestatario resolver el contrato, salvo que este haya experimentado cambios en su solvencia que exoneren al prestamista de su obligación<sup>118</sup>. Dado que el Código Civil no regula la promesa de préstamo, carece de una norma equiparable al antiguo artículo 610 del BGB (actualmente el art. 490), que permita revocar la promesa de préstamo por insolvencia sobrevenida del prestatario. No obstante, como de acuerdo con el artículo 1129 CC el prestamista puede anticipar la restitución de la suma prestada cuando el deudor resulte insolvente después de contraída la deuda, con igual o mayor razón podrá el promitente invocar tal deterioro patrimonial para negarse a cumplir la obligación. Ahora bien, si el patrimonio del prestatario empeoró antes de emitirse la propuesta de mutuo no cabrá su revocación, pero, en cambio, puede haber lugar a una impugnación por dolo<sup>119</sup>.

En estos casos en que se resuelve el contrato sin haber cumplido aún el acreedor, la resolución puede no venir acompañada de partida indemnizatoria, y menos aún estará presente la restitución de prestación, porque la resolución es extinción de la relación obligatoria, y solo circunstancialmente restitución de prestaciones<sup>120</sup>.

### 3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO REAL

En este epígrafe trataré la posible resolución del contrato de mutuo de carácter real. Primero, expondré la tesis tradicional que ha negado tal resolución contractual. A continuación, estudiaré otras posturas que admiten la resolución desde distintos planteamientos, y realizaré una valoración crítica de ellas.

#### 3.1 Tesis tradicional impositiva

La doctrina tradicionalmente ha negado la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de mutuo de naturaleza real debido a

<sup>118</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, 2010, p. 554.

<sup>119</sup> ENNECERUS y LEHMANN, 1966, pp. 428-432. Como añaden los autores, tampoco cabrá revocar la promesa de préstamo por detrimento esencial en la situación patrimonial del prestatario que haga peligrar la devolución, si este ofrece una garantía suficiente, excepción prevista igualmente en el artículo 1129.1.º CC.

<sup>120</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 293-294, quien se refiere con carácter general a aquellos casos en que el acreedor no ha cumplido todavía por gozar del beneficio del plazo y resuelve el contrato porque el deudor demuestra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Señala el autor que en estos casos el incumplimiento puede no haber generado daños al acreedor.

su carácter unilateral, en tanto generadores de obligaciones únicamente para el prestatario (la de devolver la suma entregada y, en su caso, el pago de intereses) y no para el prestamista, al resultar la entrega un requisito de perfección del contrato (arts. 1740 y 1753 CC)<sup>121</sup>.

El Tribunal Supremo también ha rechazado la aplicación de este precepto al contrato de mutuo, por estimarlo unilateral, aunque se hayan pactado intereses. Sin embargo, la sentencia, de Pleno, de 11 de julio de 2018, admite la resolución de los contratos de préstamo, ya sean de tipo consensual o real, doctrina que ha sido reiterada por la sentencia de Pleno, de 2 de febrero de 2021<sup>122</sup>.

Estos pronunciamientos han modificado la referida jurisprudencia que impedía resolver el mutuo al calificarlo como un contrato real y, en consecuencia, unilateral.

Así, la STS de 9 de mayo de 1944 había señalado que «El préstamo mutuo, con pacto de intereses o sin él, es, en nuestro Derecho, un contrato unilateral». Sin embargo, tal afirmación no constituyó *ratio decidendi* dado que el objeto de discusión fue el carácter gratuito u oneroso del préstamo, motivado por no figurar el pacto de intereses en un documento firmado por ambas partes, sino solo en los recibos de pago emitidos por el acreedor<sup>123</sup>.

Sobre el carácter unilateral del mutuo, resulta muy clarificadora la STS de 22 de diciembre de 1997. Se trataba de un préstamo en el que el prestatario otorgó un poder a favor del prestamista para constituir una hipoteca. Al apreciar la unilateralidad del contrato objeto del pleito, la sentencia veta la aplicación del artículo 1124 CC, reconduce la cuestión al artículo 1129 CC y priva al deudor del beneficio del plazo por revocar el referido poder sin haberse constituido la hipoteca previamente<sup>124</sup>. La STS de Pleno, de 11 de julio

<sup>121</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, pp. 145-146; PUIG BRUTAU, 1982, p. 374; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.623, y GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 270.

<sup>122</sup> TOL8.303.583, Ponente Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. También reitera esta doctrina, la STS de 6 de junio de 2022 (TOL TOL9.050.434) de la misma ponente.

<sup>123</sup> TOL4.458.663, Ponente Excmo. Sr. D. José Castán. Sobre tal entendimiento de la sentencia, *vid.* PUIG BRUTAU, 1982, pp. 375-376, y MARÍN PÉREZ, 1982, p. 94. Concretamente, entiendo que esta resolución mezcló el carácter unilateral del préstamo con la alegación del recurrente acerca de que el documento en el que figuraban los intereses solo fue suscrito por el acreedor (cfr. este fragmento: «alegando el recurrente que los intereses no figuran pactados en los recibos de cantidades entregados por el señor López Montenegro al señor Palacios, no cabe deducir la obligatoriedad de pagarlos del documento tan repetidamente citado de 30 de enero de 1930, por ser este unilateral, al estar firmado solo por don Alfonso López Montenegro, pues se olvida al razonar así que el préstamo mutuo, con pacto de intereses o sin él, es, en nuestro Derecho, un contrato unilateral...»).

<sup>124</sup> TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo. Con gran finalidad didáctica la sentencia recuerda el carácter unilateral del préstamo, aunque permita su configuración como consensual o real, y declara que el artículo 1124 CC no resulta aplicable a este último tipo de mutuo: «...en nuestro Derecho, el préstamo puede ser con-

de 2018, refiriéndose a esta sentencia de 1997, advierte que la aplicación del artículo 1129 CC condujo al mismo resultado que una resolución contractual, por lo que no considera decisivo este pronunciamiento para calificar al mutuo como un contrato unilateral. Sin embargo, fue categórica la exclusión que hizo la sentencia de 1997 del artículo 1124 CC.

Además, los artículos 1124 y 1129 CC no siempre provocarán idénticos efectos, ya que el impago no se halla entre las causas de pérdida del plazo previstas en el artículo 1129 CC<sup>125</sup>. Ahora bien, es cierto que un incumplimiento puede poseer entidad suficiente como para revelar la falta de seguridad del pago del crédito, esto es, la insolvencia del deudor, que contempla el primer apartado del precepto como causa de pérdida del beneficio del plazo, planteamiento que acoge la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, y que ha tenido continuidad, afirmándose que el precepto también es aplicable a obligaciones con plazos de cumplimiento consecutivos<sup>126</sup>. O, desde otro punto de vista, cabe sostener que, si el artículo 1129 CC priva al deudor del beneficio del plazo por causas menos graves que el impago, con más razón será motivo suficiente el incumplimiento de varios plazos<sup>127</sup>.

---

sensual o real, según los casos, y que el de autos tiene este carácter puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero. Surgido el contrato con la entrega, este no produce obligaciones más que para el prestatario y en consecuencia, es contrato unilateral y por ello mal puede aplicarse el artículo 1124 del Código Civil, que tiene como ámbito el de las obligaciones recíprocas. Que no sea aplicable al préstamo el artículo 1124 del Código Civil, no significa que no pueda anticiparse el vencimiento del préstamo por incumplimiento del pacto o de pagar los intereses. En el presente caso el incumplimiento es evidente, puesto que el prestatario revoca el poder que concedió al prestamista con la facultad de constituir a su favor una hipoteca que garantizara el pago del principal e intereses. Se está en consecuencia, en el supuesto del artículo 1129, que produce el anticipo del vencimiento y la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo, entre otros casos, cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido».

<sup>125</sup> Por todos, SABATER BAYLE, 2020, p. 603. Tampoco se encuentra el impago en el artículo 512-21 de la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (vid. *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, 2018, p. 634).

<sup>126</sup> TOL8.303.583, Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. Se trataba de un préstamo hipotecario con un plazo de devolución de veinte años, que los prestatarios incumplieron al no abonar cuotas de amortización durante más de tres años. Argumentó el TS que la insolvencia sobrevenida prevista en el artículo 1129 CC resulta aplicable cuando se han establecido plazos consecutivos para el pago y el impago de varias cuotas materializa el riesgo de insatisfacción del crédito. Reitera esta doctrina, la STS de 4 de mayo de 2022 (TOL8.932.924, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), ante el impago de 18 cuotas de un préstamo hipotecario de 25 años de duración.

En esta misma línea, CAPITANT, 2019, pp. 326-329, mantenía que debía extenderse al impago del préstamo, la resolución contractual prevista en el artículo 2131 del Código Civil francés para los casos de perecimiento o depreciación del bien hipotecado que pusiera en peligro la satisfacción del crédito.

<sup>127</sup> Vid. CARRASCO PERERA, *Gómez-Acebo & Pombo, Análisis*, 2018, p. 2, para quien existe una laguna legal motivada porque el artículo 1129 CC no representa sino las deudas aplazadas pagaderas en un plazo, y no las aplazadas con vencimientos consecutivos. No obstante, el TS considera que este precepto también resulta aplicable a obligaciones con plazos de cumplimiento consecutivo (vid. nota anterior).

Con apoyo en el pronunciamiento de 1997, la STS de 22 de mayo de 2001 impidió la resolución de un préstamo al apreciar que el contrato objeto del procedimiento, aun siendo oneroso por pactarse intereses, poseía carácter unilateral<sup>128</sup>. Para la STS de 2018 en el caso resuelto en 2001 fue decisiva la inexistencia de incumplimientos contractuales que permitieran resolver el contrato. Sin embargo, resulta llamativa la rotundidad con la que se afirmó la naturaleza real del préstamo en cuestión y la apuntada consecuencia<sup>129</sup>.

La STS de 13 de mayo de 2004 igualmente rechazó el artículo 1124 CC al no apreciar reciprocidad de obligaciones, sino únicamente obligaciones a cargo del prestatario, quien en el caso resuelto no había abonado ningún plazo de los pactados. Tanto en primera instancia como en apelación se declaró resuelto el contrato, frente a lo que el prestatario recurrió en casación por infracción del artículo 1124 CC con fundamento en un pretendido incumplimiento del prestamista por no personarse en su domicilio para cobrar el importe reclamado. El TS declaró inaplicable el artículo 1124 CC, pero valoró que la prestamista nunca pretendió la «rescisión del total» del préstamo sino la satisfacción de los plazos impagados, y confirmó la sentencia recurrida que había aplicado el artículo 1124 CC<sup>130</sup>. Debido a esta recalificación de la acción ejercitada y a la confirmación de la sentencia de la Audiencia, la STS de 2018 no considera este pronunciamiento contradictorio con su doctrina. Ahora bien, fue clara la exclusión que la sentencia de 2004 hizo del artículo 1124 CC, aunque mantuvo formalmente el fallo recurrido que había acordado la resolución del contrato<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> TOL4.974.352, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, «El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado».

<sup>129</sup> Nos referimos a este fragmento: «nuestra doctrina jurisprudencial ha hecho inaplicable el artículo 1124 del Código Civil, tratándose de un contrato unilateral –sentencia de 22 de diciembre de 1997–. Por otra parte, el contrato de préstamo exige para su perfección la entrega de la cosa –sentencias de 4 de mayo de 1943, 28 de marzo de 1983 y 7 de octubre de 1994– al punto que si no se entregó la cosa o el dinero, no existe contrato de préstamo –sentencia de 27 de octubre de 1994– y así surgido el contrato con la entrega, no produce obligaciones más que para el prestatario por tratarse de un contrato real –sentencia de 22 de diciembre de 1997–.»

<sup>130</sup> TOL420.573, Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán. Señala la sentencia: «...invocar como motivo del recurso la infracción del artículo 1124, determina por si la imposibilidad de esta invocación para el supuesto de autos, ya que en el contrato de préstamo no se da reciprocidad de obligaciones; la única, en principio, es la de devolución de lo prestado a cargo exclusivo del deudor». «De hecho se ha ejercitado acción no de rescisión del total recibido, sino de cumplimiento por pago anticipado, al no haberse abonado cantidad alguna adelantada en los plazos pactados».

<sup>131</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 167, nota 143, opina que esta sentencia demuestra que el Tribunal Supremo aplica el artículo 1124 CC cuando es necesario, toda vez que mantuvo los pronunciamientos de primera y segunda instancia que declararon resuelto el contrato, por más que la sentencia recurra a decir que el demandante no pretendía la reso-

En una posición un tanto indefinida, la STS de 8 de junio de 1992 no permite expresamente la resolución, pero tampoco la niega. En cambio, la STS de 2018 sostiene que este pronunciamiento admitió expresamente la resolución del contrato por impago de los intereses remuneratorios. En el fallo de 1992 no se apreció un incumplimiento resolutorio por la fundada creencia del prestatario de haber aceptado la otra parte un compás de espera para discutir una renegociación de la deuda<sup>132</sup>. En el procedimiento se había activado una cláusula de vencimiento anticipado, no el artículo 1124 CC, pero la sentencia en su redacción hace sinónimos el vencimiento anticipado y la resolución contractual, al referirse solo a esta última acción resolutoria, sin tratar sus requisitos, particularmente la reciprocidad de obligaciones. Por lo que, en definitiva, este pronunciamiento no es una referencia válida sobre la posibilidad de resolver el préstamo con fundamento en el artículo 1124 CC que, dicho sea de paso, además no menciona expresamente en su texto. Sin embargo, el vencimiento anticipado del préstamo por impago no deja de constituir una resolución del contrato por incumplimiento. No es una fase de cumplimiento del contrato, puesto que se produce precisamente por el incumplimiento<sup>133</sup>.

Ahora bien, todas las puntualizaciones realizadas hasta ahora no son decisivas para descartar la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de mutuo de tipo real, como permite la STS de 2018 que, aunque referida a un contrato consensual, realiza afirmaciones al respecto. Para justificar mi posición, expondré dos tesis que admiten la resolución de los contratos de mutuo reales: la primera, que ha buscado la reciprocidad de tales contratos en una equivalencia entre el plazo concedido al prestatario y el pago de intereses; y la segunda, que extiende el ámbito del artículo 1124 CC más allá de los contratos bilaterales en sentido estricto, al permitir su aplicación a prestaciones recíprocas no solo «prometidas», sino

---

lución contractual sino el vencimiento anticipado, cuando el actor solicitó la resolución y no el vencimiento del préstamo, que además no había pactado.

<sup>132</sup> TOL1.655.434, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. Se apreció que la entidad prestamista había aceptado tácitamente el impago al guardar silencio frente a la propuesta de renegociación del préstamo aceptada por la práctica totalidad de todos los acreedores, quienes financiaron la actividad empresarial de la sociedad prestataria en el marco de un convenio público de fomento de la economía.

<sup>133</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 492. También ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.494, y ZUMAQUERO GIL, 2021, p. 245, equiparan el vencimiento anticipado a la resolución contractual. En cambio, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-35, advierte que la resolución y el vencimiento anticipado son cosas distintas, porque lo que se resuelve es el contrato, y lo que vence anticipadamente es la obligación de uno de los contratantes, de tal forma que la resolución extingue el contrato y obliga a liquidar la relación contractual, mientras que el vencimiento anticipado de una obligación legítima al acreedor para exigir antes de tiempo el cumplimiento.

también a las «realizadas» antes del contrato, como es la entrega del capital por el prestamista.

### 3.2 La admisión de la resolución por incumplimiento del contrato de mutuo real

Este epígrafe tiene por objeto el estudio de las diferentes teorías a partir de las cuales se ha admitido la resolución del contrato de mutuo de carácter real. Así, expondré en primer lugar la teoría que defiende la reciprocidad entre la obligación de pago de intereses y el plazo del préstamo. Y a continuación haré lo propio con la postura que sostiene que el artículo 1124 CC alcanza asimismo a prestaciones que puedan haberse ejecutado antes del contrato.

#### 3.2.1 LA TESIS DE LA RECIPROCIDAD ENTRE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE INTERESES Y EL PLAZO DE DEVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD PRESTADA

En este apartado expondré y analizaré la postura que defiende la reciprocidad entre la obligación de pago de intereses y el plazo de devolución de la cantidad prestada y que, por ello, permite la resolución del mutuo de carácter real.

##### 3.2.1.1 *Planteamiento*

Algunos autores mantienen el carácter sinalagmático del contrato de mutuo real oneroso al apreciar que existe una relación de equivalencia entre el aplazamiento de la recuperación de la suma prestada por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario, con la consiguiente posibilidad de su resolución contractual de acuerdo con el artículo 1124 CC<sup>134</sup>.

La doctrina española partidaria suele citar la STS de 4 de octubre de 1915 como pronunciamiento precursor de esta tesis, que señaló, en cuanto al mutuo real oneroso, que el «Código Civil...en su estructura lo clasifica como contrato capaz de obligaciones recíprocas, una vez se originan de un previo acuerdo y de un efecto útil entre mutuante y mutuario, consistentes en mantener el primero en su poder la cosa que se le ha entregado, y el segundo la del interés

<sup>134</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 170; YSÁS SOLANES, *RCDI*, 1993, pp. 1.389-1.390, y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2009, p. 1.196. De modo análogo, DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.988, observa que la prestamista entrega un capital con el fin de obtener su devolución y el pago de unos intereses, propósito práctico este que, exteriorizado y compartido por ambas partes, se incorpora a la causa del contrato.

convenido»<sup>135</sup>. Conviene tener presente que la afirmación extractada no constituyó la *ratio decidendi*, pues esta resolución se dictó en un supuesto en que se pretendía hacer valer la preferencia de una hipoteca y se discutía si concurría el consentimiento del prestamista para el nacimiento del contrato de préstamo. Pero la sentencia fue más allá y añadió que el contrato de préstamo era un contrato capaz de generar obligaciones recíprocas para el prestatario y el prestamista, «consistentes en mantener el primero en su poder la cosa que se le ha entregado, y el segundo la del interés convenido». Por tanto, para resolver el litigio no era necesaria la calificación del préstamo como un contrato bilateral.

Los partidarios de esta tesis sostienen que el préstamo oneroso es un contrato sinalagmático, sin que sea obstáculo que no se perfeccione hasta la entrega de la suma por el prestamista, porque siempre habrá una relación de correspondencia entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte de aquel y el pago de los intereses por el prestatario<sup>136</sup>. Esta postura se fundamenta en que surge para el prestamista la obligación de respetar el vencimiento que limita su derecho de crédito, cuya contrapartida es la obligación del prestatario del pago de los intereses y su derecho de goce durante el plazo establecido<sup>137</sup>. O, dicho de otra forma, el mutuo con intereses es un contrato con obligaciones correspectivas al existir reciprocidad entre la obligación que asume el mutuante de procurar al mutuario el goce de la suma entrega y la que tiene este de pagar los intereses<sup>138</sup>.

La obligación del prestamista de abstenerse de reclamar antes del plazo se ha plasmado en el Código Civil francés<sup>139</sup>, y en otros países de nuestro entorno se admite la resolución del contrato de mutuo oneroso aun cuando sea un contrato real, como es el caso de Italia y Portugal<sup>140</sup>. También en el derecho alemán se estima que el acreedor no solo entrega el dinero, sino que debe mantener en su goce al prestatario hasta el vencimiento del préstamo<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> TOL5.048.709, Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal

<sup>136</sup> LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 170.

<sup>137</sup> YSÁS SOLANES, *RCDI*, 1993, pp. 1.389-1.390. En análogo sentido, *vid.* GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2009, p. 1.196, e YZQUIERDO TOLSADA, *CSUD*, 2018, p. 282.

<sup>138</sup> ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 52-53.

<sup>139</sup> Cfr. artículo 1899: «El prestamista no puede volver a solicitar las cosas prestadas antes del plazo acordado».

<sup>140</sup> Cfr. artículos 1813 y 1820 del Código Civil italiano, y artículos 1142 y 1150 del Código Civil portugués.

<sup>141</sup> LARENZ, 1986, p. 298, quien señala que, tratándose del comodato, el artículo 598 BGB pone el acento en la obligación del comodante de conceder el uso. Para el autor el contrato de préstamo es bilateral porque el interés es la remuneración por la retención, medida según segmentos de tiempo, del capital en el período en cuestión, no diferente de la renta en el arrendamiento. En sentido análogo, MÜLBERT, *AcP*, 1992, pp. 457-458, estudia la retención del capital por el prestatario como obligación sinalagmática del prestamis-

La STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, acoge esta tesis de equivalencia entre el plazo y la obligación de intereses, pero como *obiter dictum* porque, como hemos dicho, versa sobre un contrato que califica de consensual. Este pronunciamiento señala que, aunque en algunos casos pueda entenderse que hasta la entrega no se perfecciona el contrato (en clara referencia a los mutuos reales), la prestación de entrega es presupuesto de la de restitución y existe reciprocidad entre el aplazamiento y el pago de los intereses<sup>142</sup>.

### 3.2.1.2 Valoración crítica

Como acabamos de señalar, la STS, de Pleno, de 2018 considera que existe reciprocidad entre el pago de los intereses y el aplazamiento, afirmación con la que, entiendo, el Tribunal Supremo también abre la solución del artículo 1124 CC a los contratos reales.

Sin embargo, algunos autores no observan reciprocidad entre la ventaja que para el prestatario supone disponer de dinero ajeno durante un tiempo y el sacrificio de tener que pagar los intereses que es, a su vez, la ventaja del prestamista<sup>143</sup>. O simplemente señalan que es un error calificar el contrato de préstamo oneroso como bilateral, porque el pacto de intereses no supone que el prestamista contraiga obligación alguna<sup>144</sup>.

A primera vista puede afirmarse que el plazo de devolución es consustancial al préstamo, porque la regla subsidiaria de cumplimiento simultáneo de las prestaciones (art. 1100 CC) choca con su función económica y social. El Tribunal Supremo ha señalado, en relación con el artículo 1128 CC, que en el préstamo siempre existirá plazo que, cuando menos, si no se justifica uno mayor, será el que medie entre el contrato y la presentación de la demanda<sup>145</sup>. En

---

ta, porque la recuperación del capital o del objeto dado es para prestamistas y arrendadores económicamente la misma.

<sup>142</sup> TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán. Cfr. este fragmento: «Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario».

<sup>143</sup> DÍEZ-PRCAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, pp. 25-26, y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.603.

<sup>144</sup> MANRESA, 1972, p. 854.

<sup>145</sup> Cfr. STS de 14 de octubre de 1966 (TOL4.305.267, Ponente Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar y Ayllón): «la fijación del plazo puede ser tácita, cual revela el artículo 1.128 del Código Civil, al disponer que si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquel, plazo que siempre existe en el contrato de préstamo, puesto que el deudor ha de

la misma línea, el artículo 313 CCom. contempla un plazo subsidiario de devolución sin concebir, por tanto, un préstamo de restitución inmediata. En definitiva, la exigencia de plazo deriva de que el préstamo es una relación obligatoria duradera cuyo desenvolvimiento supone un periodo de tiempo con una conducta duradera o prestaciones periódicas<sup>146</sup>.

Pero el carácter consustancial del plazo al contrato del préstamo no elimina la reciprocidad entre el aplazamiento o goce por el prestatario y los intereses. Existe un paralelismo entre la obligación del prestamista de respetar el goce a cambio de los intereses, con el contrato de arrendamiento, en que el arrendador permite el goce de la cosa a cambio de la renta también durante un plazo<sup>147</sup>.

Además, la obligación de no reclamar la devolución no es un simple aplazamiento, porque si fuera así el prestamista no podría variar los intereses a lo largo de la duración del préstamo. Efectivamente, dado que el prestamista tiene la facultad de modificar el interés de acuerdo con las fluctuaciones del mercado, habrá que aceptar que dicho precio (intereses) corresponde a una prestación u obligación del prestamista que va cambiando de valor al compás del mercado, que no es otra que la privación temporal del capital, esto es, respetar la cesión de uso y abstenerse de solicitar la devolución<sup>148</sup>. Desde otro punto de vista, el plazo en un préstamo con interés beneficia recíprocamente a ambas partes y desean

---

disponer de un término, más o menos largo, para la devolución de lo que recibió, pero si no se justifica, ante la indeterminación del plazo, que la voluntad del acreedor fue conceder al deudor uno mayor que el transcurrido al formular la demanda, el citado precepto no es aplicable». En el mismo sentido, *vid.* STS de 29 de enero de 1982, aunque *obiter dicta*, porque se había fijado un plazo máximo, y STS de 15 de octubre de 2004 (TOL514.222, Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela), que apreció idéntica duración del plazo en un supuesto en que el prestatario simplemente había suscrito unos recibos de determinadas cantidades sin fijación de término de devolución. La STS de 6 de marzo de 1999 (TOL5.120.687, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) afirma, sin embargo, que el Código Civil no exige expresamente el sometimiento del mutuo a plazo, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de comodato, pero llega al mismo resultado práctico en un supuesto en que se reconocía al prestamista la facultad de pedir su devolución mediante aviso o «a su comodidad».

<sup>146</sup> DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 365- 366. Así, GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 273, sostienen que el préstamo siempre requerirá plazo, al derivarse de la naturaleza de la obligación (art. 1258 CC).

<sup>147</sup> CARRESI, 1957, pp. 99 y 118, quien considera como elementos constitutivos del mutuo, en lo que aquí interesa, el acuerdo sobre la obligación de dejar el aprovechamiento durante un determinado tiempo, y la posibilidad de que el prestatario cumpla restituyendo cosas de la misma especie y calidad que las recibidas. También observan un paralelismo entre el contrato de préstamo y el contrato de arrendamiento, LARENZ, 1986, p. 298, y MÜLBERT, *AcP*, 1992, pp. 457-458 (*vid.* nota 141).

<sup>148</sup> CANARIS, 1981, pp. 656-657 (Rn 1282). En el mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 18-23, y BASOZÁBAL ARRÚE, 2010, p. 1.896.

su desarrollo normal para cumplir con las finalidades económicas respectivas<sup>149</sup>.

Esta tesis no decae porque puede pactarse un periodo de carencia durante el que no se devenguen intereses a pesar de encontrarse disponible la cantidad, porque ello no quita que el contrato, observado en su globalidad, siga presentando una reciprocidad entre el aplazamiento y el pago de los intereses.

Se ha opuesto a la tesis estudiada que no puede confundirse el contrato de préstamo con el arrendamiento, porque el prestamista no permite simplemente el goce, como hace el arrendador, sino que transfiere la propiedad de la cosa en un momento concreto<sup>150</sup>. Pero desde una perspectiva amplia puede ser objeto de una obligación de dar no solo las cosas, sino el simple uso, y tal obligación incluye las que tienen por objeto la entrega de una cosa por el deudor al acreedor, en atención a que este ha adquirido o adquiera sobre la misma un derecho cualquiera, ya sea un derecho real, o simplemente la tenencia de la cosa<sup>151</sup>. Lo que ocurre es que el contrato de préstamo transfiere la propiedad y no solo el goce, porque tiene por objeto un bien fungible, del cual también se priva temporalmente el prestamista, como hace el arrendador de la cosa arrendada. Y llegado el término de ambos contratos, prestatario y arrendatario cumplirán, el primero con la entrega del *tantundem*, y el segundo con la restitución de la cosa arrendada; y hasta dicho momento, tanto el prestamista como el arrendador se ven privados de la cosa.

Además, en los efectos de la resolución de ambos contratos se aprecia cierta similitud, ya que el arrendamiento como contrato de tracto sucesivo no permite la restitución de las prestaciones realizadas, puesto que, por lo que se refiere al pasado, la prestación de una parte ha sido satisfecha por la contraprestación correspondiente<sup>152</sup>. En el caso del préstamo tampoco el prestamista habrá de devolver al prestatario los intereses percibidos en contraprestación del disfrute del capital<sup>153</sup>. En esta tónica, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, excluye de la restitución, que se deriva de la resolución del contrato, a las prestaciones y contraprestaciones entre las que exista reciprocidad de intereses conforme al contrato<sup>154</sup>.

<sup>149</sup> FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, Y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, p. 352.

<sup>150</sup> MANRESA, 1972, p. 840.

<sup>151</sup> *Vid.* sobre el contenido de la obligación de dar, POTHIER, 1859, p. 108, y CASTÁN TOBEÑAS, 1986, p. 163.

<sup>152</sup> DELL'ÁQUILA, 1981, p. 198.

<sup>153</sup> BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-40.

<sup>154</sup> Cfr. artículo 518-18.

### 3.2.2. LA TESIS INTERPRETATIVA DEL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 1124 CC

Para esta corriente el artículo 1124 CC alcanza igualmente a prestaciones que puedan haberse ejecutado antes de la perfección del contrato. Es preciso hacer algunas valoraciones al respecto, especialmente a la luz de la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018.

#### 3.2.2.1. *Planteamiento*

De acuerdo con esta tesis, el artículo 1124 CC no solo se aplica a los contratos bilaterales en sentido estricto, es decir, entendidos como fuente de obligaciones para ambas partes; sino que también alcanzará a otros contratos que suponen la realización de prestaciones antes de su perfección. De esta manera, la entrega de la cantidad por el prestamista, aun siendo anterior al nacimiento del contrato, se estima derivada de él y habilitaría su resolución por incumplimiento, que abarca prestaciones entre las que exista equivalencia, ya se trate de prestaciones prometidas o realizadas. Así, algún autor sostiene que el artículo 1124 CC es aplicable no solo a los contratos bilaterales, sino también a aquellos en que haya reciprocidad entre prestaciones (realizadas o prometidas). Y estima que esta reciprocidad concurre entre la entrega de la cosa por el mutuante y el pago de intereses por el mutuario<sup>155</sup>. De forma análoga puede mantenerse que el carácter sinalagmático no radica en las obligaciones sino en las prestaciones, y el préstamo no pierde su carácter consensual porque la prestación del prestamista se adelanta para formar el contrato<sup>156</sup>.

También se extiende el ámbito del artículo 1124 CC al considerarse que no hay diferencia notable entre onerosidad y sinalagma, porque ambos existen en todo contrato en el que se intercambian prestaciones subjetivamente equivalentes y recíprocas. En cuanto al mutuo, el hecho de que la prestación del prestamista se haya realizado al constituirse el contrato y quede otra u otras a cargo del prestatario (la devolución y, en su caso, el pago de intereses) no suprime la existencia de dos obligaciones correspectivas y, por tanto, la posible aplicación del artículo 1124 CC, el cual no presupone que ambas se hallen todavía sin cumplir<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> ALBALADEJO GARCÍA, 2011, pp. 810 y 813, quien, no obstante, niega el carácter bilateral del mutuo real, aun cuando produzca intereses, porque de él solo surgen obligaciones para el prestatario.

<sup>156</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166.

<sup>157</sup> LACRÚZ BERDEJO, 2011, p. 191. De modo análogo, QUICIOS MOLINA, 2013, pp. 1.519 ss., defiende la aplicación del artículo 1124 CC a aquellos contratos en los que

### 3.2.2.2 Valoración crítica

Tradicionalmente, la doctrina ha diferenciado los contratos onerosos de los sinalagmáticos al entender que no todos los onerosos resultan sinalagmáticos, en referencia precisamente, como ejemplo académico, al préstamo de naturaleza real con intereses<sup>158</sup>. La categoría de contratos onerosos no coincide con la de los bilaterales, porque en los negocios onerosos no es imprescindible que el beneficio y sacrificio se fundamente en una relación de causalidad, de tal manera que la prestación o su promesa por una parte tenga causa en la prestación o promesa de la otra, como exige el artículo 1274 CC para los bilaterales<sup>159</sup>. Los contratos onerosos son, por tanto, una categoría más amplia que los contratos bilaterales, y se caracterizan por un cambio proporcional de dos atribuciones patrimoniales, o lo que es igual, por una proporcionalidad o equilibrio objetivo entre sacrificio y ventaja; mientras que los contratos bilaterales se fundamentan en la idea de correlación de obligaciones o reciprocidad<sup>160</sup>.

Aprecio que esta puntualización y ejemplo se deben precisamente a la categoría de los contratos reales. Efectivamente, se considera oneroso el préstamo con intereses porque el prestatario se sacrifica con su pago, pero secularmente no se califica como bilateral porque su carácter real hace precisa para su perfección la *datio rei* del prestamista, quien no asumirá, por tanto, ninguna obligación. Si no fuera por tal naturaleza real, no debería haber obstáculo alguno para admitir la resolución del contrato al ser equivalentes la entrega y la devolución y, en su caso, los intereses. Lo que ocurre, estimo, es que la categoría de los contratos reales obstaculiza la aplicación del artículo 1124 CC, al distanciar a los contratos onerosos de los bilaterales<sup>161</sup>.

Sin embargo, entiendo que este precepto debe aplicarse al contrato de préstamo porque, ante incumplimientos relevantes del prestatario, permitirá al prestamista reclamar la devolución de los plazos impagados y además los pendientes de vencer. No resulta razonable

---

existe reciprocidad impropia entre la entrega y los intereses, y justifica que en el contrato de mutuo no es propia puesto que su carácter real exige la entrega como requisito de su perfección

<sup>158</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, 1986, p. 486; LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 11; DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, p. 25, y GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 270.

<sup>159</sup> DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, p. 25. También puede verse tal distinción en los artículos 1106 y 1107 del Código Civil francés.

<sup>160</sup> Con carácter general, sobre la distinción entre ambos contratos, *vid.* ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 53-54 y 59-60.

<sup>161</sup> No obstante, también en las donaciones modales existe onerosidad, pero no sinalagma, como advierte DíEZ-PICAZO, 2010, p. 210.

negar al prestamista la posibilidad de resolver el contrato y pedir la devolución de lo prestado cuando el prestatario incumple con los plazos de amortización<sup>162</sup>. De excluirse su operativa, el prestamista continuaría obligado a respetar el plazo concedido al prestatario y únicamente podría reclamar los plazos vencidos y no satisfechos. Debemos incidir en que el artículo 1124 no pretende sancionar al contratante que incumpla sus obligaciones, sino simplemente permitir al otro recuperar lo entregado en ejecución del contrato incumplido. La naturaleza propia de la resolución por incumplimiento es la de una medida preventiva, no represiva, que intenta prevenir que se haga prácticamente inalcanzable la contraprestación de la parte incumplidora y la prestación de quien ha cumplido quede en el patrimonio del incumplidor sin corresponsivo<sup>163</sup>.

Además, no puede vetarse el artículo 1124 CC por el argumento formalista de que solo el prestatario se encuentra obligado, porque en el préstamo de naturaleza real, el prestamista se encuentra en la misma situación que quien ha cumplido una obligación surgida de un contrato consensual<sup>164</sup>.

El «dare» del prestamista no se entiende sino en el marco del contrato de préstamo con la correspondiente obligación de devolución, por lo que su carácter real no debería impedir la resolución con fundamento en el artículo 1124 CC. Como dice la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, la entrega del capital por el prestamista no puede entenderse aislada, al basarse en la confianza de su devolución; y en clara referencia a la entrega del capital que se produce antes del contrato, señala el TS que el artículo 1124 CC no requiere que «las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebre el contrato»<sup>165</sup>. De modo análogo, en la doctrina francesa se ha señalado que el prestamista consiente en prestar porque cuenta con la ejecución de las obligaciones del prestatario, el cual ha prometido restituir en el tiempo convenido, de ahí que el primero pueda pedir la resolución<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 167.

<sup>163</sup> *Vid.* MORALES MORENO, 2006, p. 43; DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 814; MONTES PENADÉS, 1989, p. 1188, y con carácter general el epígrafe 1 de este capítulo donde tratamos el fundamento de la resolución por incumplimiento.

<sup>164</sup> MARÍN PÉREZ, 1982, p. 116. Así, la PMCCOC no requiere explícitamente para la resolución contractual que se trate de obligaciones sinalagmáticas o recíprocas (cfr. arts. 1199 a 1204 de tal propuesta, y *vid.* CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 3).

<sup>165</sup> TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. «En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos». *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 2011, p. 191, para quien el artículo 1124 CC no presupone que ambas prestaciones se hallen todavía sin cumplir.

<sup>166</sup> CAPITANT, 2019, pp. 326-329, quien se basa en que el artículo 2131 del Código Civil francés permitía al acreedor hipotecario exigir el reembolso del capital cuando los

Conviene recordar que la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, versó sobre un préstamo calificado como consensual porque la suma se entregó con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública, de lo que el TS dedujo la existencia de un acuerdo previo que, en consecuencia, simplemente se documentó en la referida escritura. Y además afirma que, aunque se negase la obligatoriedad del préstamo consensual, cabrá la aplicación del artículo 1124 CC si ha mediado la entrega por el prestamista y el prestatario incumple sus obligaciones<sup>167</sup>.

Este pronunciamiento también se plantea la posible resolución del mutuo de tipo real, al señalar que el artículo 1124 CC abarca prestaciones realizadas o prometidas<sup>168</sup>. Por tanto, no limita la operatividad del precepto al contrato de carácter consensual, al predicarlo igualmente del mutuo de tipo real.

Una vez que el TS permite la aplicación del artículo 1124 CC a prestaciones ya realizadas, en referencia a la entrega del capital por el prestamista, conecta tal prestación con otros compromisos accesorios que pueda haber asumido el prestatario junto con la devolución del capital, como el abono de intereses o destinar la suma a un fin determinado<sup>169</sup>. Sin embargo, la existencia estos compromisos accesorios, diferentes al de la devolución, no deberían constituir un requisito de la facultad resolutoria, porque simplemente suponen imponer un mayor número de obligaciones a una de las partes, en este caso, al prestatario.

La clave para admitir la resolución del préstamo radica en que la entrega de la cantidad por el prestamista es una prestación contrac-

---

inmuebles hipotecados perecieran o se depreciaren hasta afectar a la seguridad del acreedor, solución que propugnaba extender a casos análogos, como el impago.

<sup>167</sup> «Por lo demás, negar la validez de un contrato consensual de préstamo, conduciría a excluir el ejercicio de una acción de cumplimiento dirigida a hacer efectiva la promesa de préstamo (o a negar la indemnización por incumplimiento de la promesa), pero no permitiría negar los efectos que se producen entre las partes cuando, como ha sucedido en el caso litigioso, el dinero se ha entregado y se incumple la obligación de restituir intereses y capital en los plazos pactados».

<sup>168</sup> Cfr. el siguiente fragmento de la sentencia: «En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente». La extensión del artículo 1124 CC a prestaciones realizadas o prometidas, se había defendido por ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 813.

<sup>169</sup> «La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe».

tual, aunque sea desde su consideración como «prestación realizada», previa al contrato. Este «dare» no aparece aislado, sino que tiene su causa en la confianza de la devolución por el prestatario. No es una mera liberalidad pues posee una causa contractual bien diferente: su restitución y, en su caso, el pago de intereses. Además, si la reciprocidad en el sentido tradicional que se le ha dado como obligaciones de nacimiento simultáneo es sustituida por la idea de obligaciones correlativas o correspondencia simétrica entre obligaciones, se puede extender la resolución a los contratos unilaterales<sup>170</sup>.

Tal vez por lo sostenido, esta sentencia califica como compromisos accesorios la devolución fraccionada de la suma prestada y no solo la obligación de pago de intereses. Efectivamente, por un momento limita la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de mutuo onerosos al señalar: «Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 CC». Pero posteriormente, entiendo que admite entre líneas (aunque *obiter dictum*, dado que el préstamo del caso era oneroso) la resolución del préstamo gratuito al afirmar que cabría aunque no se pactasen intereses, por incumplimiento de otros compromisos accesorios del prestatario dentro de los que contempla incluso la de devolución fraccionada del dinero recibido<sup>171</sup>.

En definitiva, aunque no exista retribución por el capital prestado (lo cual no dejará de ser anecdótico, al limitarse el mutuo gratuito a las relaciones familiares o de amistad) me resulta inaceptable que el prestamista no pueda pedir la devolución de todo lo prestado resolviendo el contrato, y por el contrario siga obligado a respetar el plazo concedido con independencia de los incumplimientos del prestatario, porque el hecho de que se trate de una «simple» devolución sin intereses, no puede impedir la aplicación una regla tan justa como la consagrada en el artículo 1124 CC.

## 4. EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

### 4.1 Introducción

Admitida la aplicación de la facultad resolutoria en el contrato de préstamo, ha de valorarse la gravedad del incumplimiento que

---

<sup>170</sup> ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 48 y 61, para quien la bilateralidad puede concebirse como armonía y coordinación de obligaciones que tienen un mismo origen y marchan hacia un camino mutuo al ser obligaciones correlativas, todo lo cual permite extender los efectos de la reciprocidad (art. 1124 CC) a contratos unilaterales.

<sup>171</sup> *Vid.* nota 169.

requiere el artículo 1124 CC en su interpretación jurisprudencial, cristalizada en la necesaria frustración de la finalidad del contrato, y que abandonó la exigencia de una reiterada voluntad del deudor en el incumplimiento<sup>172</sup>. También la PMCCOC ha abandonado estos postulados al limitarse a exigir el carácter esencial del incumplimiento resolutorio en su artículo 1199<sup>173</sup>.

El carácter preventivo de la resolución, no represivo de la parte incumplidora que apuntamos al tratar el fundamento de tal remedio, debe tomarse en consideración para valorar la gravedad del incumplimiento que permite su activación por la parte que ha cumplido<sup>174</sup>. Con carácter general, de acuerdo con el artículo 1124 CC, no se exige para que opere la resolución contractual que el incumplimiento del contrato sea total, pues uno parcial puede activar tal solución (lo que será lo más frecuente en los préstamos a devolver en plazos), pero para ello resulta preciso valorar la gravedad que supone en la economía del contrato<sup>175</sup>. Es claro que cuando el incumplimiento tenga poca importancia en la economía del contrato, la resolución constituye un comportamiento que, además de poner en peligro el principio de la seguridad y estabilidad de las contrataciones, viola también las exigencias de la buena fe<sup>176</sup>. Así, no frustra la finalidad del contrato el impago de una reducida cantidad, cuando se podría haber conseguido fácilmente el cumplimiento del contrato<sup>177</sup>.

En la PMCCOC se distingue entre incumplimiento esencial y no esencial, sin definir el primer incumplimiento, como por el contrario sí hacen los PECL<sup>178</sup>. El incumplimiento no esencial, dentro del que se contempla el retraso, también permitirá resolver el con-

<sup>172</sup> Cfr., entre otras, SSTS de 26 de noviembre de 2007 (TOL1.213.856, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete) y de 13 de febrero de 2009 (TOL1.448.806, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), sobre el abandono de la exigencia de una reiterada voluntad del deudor rebelde en el incumplimiento para atender al dato objetivo del incumplimiento siempre que conlleve la frustración del fin del contrato. En la doctrina, por todos, *vid.* CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, pp. 231-234; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, pp. 8.222-8.223, y QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1523.

<sup>173</sup> CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 5.

<sup>174</sup> MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.188.

<sup>175</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 138-139. Sobre la falta de distinción entre incumplimiento total y parcial en el artículo 1124 CC, *vid.* SSTS de 13 de marzo de 1930 (TOL5.031.453, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Martínez Muñoz), y 18 de noviembre de 1983 (TOL3.915.309, Ponente Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas).

<sup>176</sup> DELL'AQUILA, 1981, p. 189.

<sup>177</sup> QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1531.

<sup>178</sup> Cfr. artículo 8:103 PECL que dispone: «El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.»

trato, pero el acreedor deberá fijar un plazo razonable al deudor para que cumpla o subsane la falta de conformidad, de manera que solo cabrá resolver si este no cumple o subsana en tal plazo razonable<sup>179</sup>. Análogo doble régimen, según el incumplimiento sea esencial o no, se recoge en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>180</sup>. Además, conviene recordar que con carácter general el régimen del Código Civil no precisa que el deudor sea constituido en mora para el ejercicio de la facultad resolutoria<sup>181</sup>. Y tratándose de un contrato bilateral, como es el préstamo, no es necesario la constitución en mora porque el prestamista ya habrá entregado el capital<sup>182</sup>.

Con todo, debe partirse de que no todo retraso permitirá resolver el contrato de préstamo, para lo que habrá de tomarse en consideración la entidad del incumplimiento, porque si el término no es esencial, como ocurre con el contrato de préstamo, de modo que el cumplimiento todavía es posible, debemos preguntarnos hasta qué momento el acreedor debe seguir vinculado por el contrato<sup>183</sup>.

Para tal labor, distinguiremos entre los préstamos hipotecarios y los de tipo personal.

## 4.2 Préstamos hipotecarios

Para los préstamos hipotecarios, como señala la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, debe tomarse en consideración tanto su carácter prolongado en el tiempo como la falta de reparación de la situación por parte del deudor, puesto que se trata de que los impagos del deudor justifiquen que el acreedor pueda resolver el contrato y recuperar lo prestado sin esperar al vencimiento pactado. Esta sen-

<sup>179</sup> Cfr. artículo 1200 PMCCOC. *Vid.* CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 5.

<sup>180</sup> Cfr. artículos 518-13 y 518-14. Además, el artículo 5121-9, en línea con los artículos 7-4.9 de los Principios UNIDROIT y III-3:708 del DCFR, contempla una mora automática para el contrato de préstamo al señalar que «El prestatario que se retrasa en el cumplimiento de su obligación incurre en mora sin necesidad de que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento» (*vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2016, p. 223.)

<sup>181</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 270; DELL'AQUILA, 1981, p. 176; CLEMENTE MEORO, 1992, p. 192; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.220, y QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1.531.

<sup>182</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 502.

<sup>183</sup> *Vid.* QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1.529. Por ejemplo, el artículo 498 del BGB alemán contempla que el prestamista pueda denunciar el contrato de préstamo a consumidores que deben devolver en pagos parciales si el prestatario ha incurrido en mora en el pago de dos plazos sucesivos, total o parcialmente, y que las cantidades dejadas de pagar alcancen al menos el diez por ciento del importe global que se pagara a plazos, o un cinco por ciento, si el contrato tiene una duración superior a los tres años. Además, se requiere el transcurso del plazo de dos semanas desde que el prestamista haya requerido al consumidor para que satisfaga las cantidades atrasadas con la declaración que de no pagar dentro del plazo reclamará la totalidad de la deuda restante.

tencia acude como criterios orientativos a los fijados en el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), que determina la cuantía de las cuotas no satisfechas que conllevan la pérdida del beneficio del plazo y el vencimiento anticipado del préstamo<sup>184</sup>.

Dado que la sentencia, para el caso de préstamos hipotecarios, remite al artículo 24 de la LCCI, debemos plantearnos si tal remisión supone una ampliación del ámbito de la norma, para lo que resulta preciso estudiarlo con carácter previo.

#### 4.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

El ámbito de la LCCI se extiende a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional. De acuerdo con el artículo 2.1 en relación con el artículo 4 2) de la LCCI, el concepto de prestamista inmobiliario engloba: a) las entidades crediticias, b) las entidades no crediticias, c) el prestamista profesional y d) el prestamista ocasional inversor, por lo que quedan fuera los prestamistas particulares, esto es aquellos que ocasionalmente prestan dinero sin ninguna finalidad inversora.

El prestatario, el fiador o garante debe ser una persona física y el contrato de préstamo tendrá por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, o b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor (cfr. art. 2.1). Por tanto, la protección se extiende a solicitantes de créditos inmobiliarios que no son consumidores, para los casos de préstamos hipotecarios o garantizados mediante otra garantía real sobre inmuebles de uso residencial; mientras que para los demás créditos inmobiliarios, el prestatario necesariamente ha de ser consumidor-persona física, como también los garantes personales<sup>185</sup>.

<sup>184</sup> TOL8.303.583, Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. Reitera esta doctrina la STS de 6 de junio de 2022 (TOL9.050.434), de la misma ponente.

<sup>185</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 73 y 86. Sobre el concepto de consumidor a los efectos de la LCCI, *vid.* artículo 3 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, que los define como aquella persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. A tal precepto se remite el artículo 4.1 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

En cualquier caso, será preciso que se trate de un préstamo oneroso, de acuerdo con el artículo 2.4, letra b), LCCI.

Pero la norma no se circunscribe a los préstamos hipotecarios, puesto que alcanzará a otros préstamos con la finalidad prevista en la letra b) del artículo 2.1, siempre que estemos ante un consumidor-persona física. Se critica la inclusión de estos supuestos porque el que la finalidad del préstamo sea el destinar el dinero a su inversión en una vivienda o inmueble de uso residencial, no es prueba de un posible riesgo de pérdida futura de dicho inmueble por impago, que es lo que justifica el trato beneficioso del artículo 24 LCCI<sup>186</sup>.

En cualquier caso, resultan excluidos los prestatarios que sean personas jurídicas, dado que la norma se limita a proteger a los prestatarios que sean personas físicas, de acuerdo con el artículo 4 1), lo que resulta criticable teniendo en cuenta que el artículo 3 del TRLGDCU extiende el concepto de consumidor a las personas jurídicas<sup>187</sup>.

Por otro lado, la norma no solo protege a los deudores, sino también a los fiadores o garantes, personas físicas, de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1 en sus letras a) y b). Por tanto, entrará en su ámbito los préstamos concertados por personas jurídicas en los que intervenga como garante una persona física<sup>188</sup>.

En cuanto a los préstamos que se garantizan con un bien inmueble de uso residencial, resulta indiferente la finalidad para la que se obtuvo la financiación, porque estamos ante la mayor riqueza de los ciudadanos, lo que hace que se excluyan los garantizados por otros bienes inmuebles de uso no residencial, como aquellos con destino agrario o fincas rústicas en general, o inmuebles urbanos sin uso residencial<sup>189</sup>. Para los préstamos previstos en el artículo 2.1.b) en los que no existen tales garantías reales sobre un inmueble de uso residencial, sí es importante la finalidad, y la condición de consumidor del prestatario, fiador o garante<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 512.

<sup>187</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 86, y RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 504, quien añade que también quedarán fuera de la norma los prestatarios personas físicas si el préstamo no es solicitado para adquirir o conservar derechos de propiedad y se dan en garantía bienes de su propiedad que no sean de uso residencial. *Vid.* igualmente ZUMAQUERO GIL, *RDC*, 2021, pp. 261-262, quien se refiere al supuesto excluido de la adquisición de inmueble residencial por persona jurídica en calidad de consumidora, y propone que se debiera haberse incluido una norma de carácter general en el TRLGDCU para regular el vencimiento anticipado.

<sup>188</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 159.

<sup>189</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 510.

<sup>190</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 112, y RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 510. Así, ZUMAQUERO GIL, 2021, pp. 261-262, señala que están excluidos de la norma los préstamos hipotecarios suscritos para adquirir un local por una persona física consumidora.

Nos referimos a los préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, los cuales no incluyen a los obtenidos para financiar las obras tendentes a conservar materialmente el inmueble que se someterán a la LCC<sup>191</sup>. Así, la Instrucción de la DGRN (hoy DGSJFP) de 20 de diciembre de 2019 consideró que las pólizas de los préstamos personales para la rehabilitación de viviendas no se encuentran en el marco de la LCCI<sup>192</sup>.

Por adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir del consumidor, debe entenderse la conservación económica de la propiedad inmobiliaria ante la eventual pérdida por impago del crédito debido, mediante el recurso a otros medios de financiación después de que los anteriores hayan fallado. En el artículo 2.1 b) LCCI sí tiene cabida la financiación de la construcción de un edificio, o de obras de rehabilitación o renovación integral o parcial de un edificio<sup>193</sup>.

La LCCI no ofrece un concepto de inmueble de uso residencial, pero incluirá las viviendas porque el artículo 2.1 se refiere además a aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que, sin constituir vivienda como tal cumplen, una función doméstica. En consecuencia, resulta indiferente que sea primera, segunda o tercera vivienda el inmueble de uso residencial<sup>194</sup>.

<sup>191</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 128-129. Cfr. artículo 46 de la Directiva 2014/17/UE que añadió al artículo 2 de la Directiva 2008/48/CE, el apartado 2 *bis*: «No obstante lo dispuesto en el apartado 2, letra c), la presente Directiva se aplicará a los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75 000 €». Para el autor, el hecho de que esta directiva solo haya sido traspuesta de forma genérica en la LCCI, y aún no se ha modificado la LCC, permite sostener que las tales obras estarán sujetas a la LCC, aunque superen los 75.000 €, siempre, claro está, con el límite inferior de 200 €, previsto en el artículo 3, letra c). En sentido contrario, RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 515, se muestra partidario de aplicar el artículo 24 LCCI a todos los casos dudosos que pudieran presentarse, e incluir los préstamos para financiar la conservación del inmueble porque no ve sentido acudir a la LCC, cuando valorativamente los casos incluidos en la LCCI son muy similares a estos.

<sup>192</sup> Instrucción de, de la DGRN, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE, 30 de diciembre de 2019).

<sup>193</sup> ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 129-130. De acuerdo con la Instrucción de 20 de diciembre 2019 el artículo 2.1 b) no requiere que el destino del inmueble sea residencial, lo que critica el autor, porque Cdo. 17 de la Directiva 2014/17/UE, se refiere a viviendas y no a otro tipo de inmuebles. Sobre la inclusión de la renovación de los inmuebles, como señala el autor, el Cdo. 15 *in fine* de la Directiva 2014/17/UE, después de mencionar con carácter general los contratos de crédito, alude también a aquellos contratos de crédito garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial.

<sup>194</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 496 y 512-513, quien, no obstante, advierte que en los casos de segundas residencias «no se percibe la finalidad protectora propia de los inmuebles con destino habitacional, en cuanto vivienda permanente actual (o inminente) del sujeto prestatario o de su familia», salvo que la dé en arrendamiento más o menos estable.

#### 4.2.2 VALORACIÓN DE LA SOLUCIÓN DADA POR LA STS, DE PLENO, DE 2 DE FEBRERO DE 2021

Como aclara la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, se trata de concretar la gravedad del incumplimiento previsto en el artículo 1124 CC con los parámetros del artículo 24 LCCI, y no de una aplicación directa de este último precepto, puesto que el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la LCCI excluye los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a su entrada en vigor, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo.

En contra de esta solución se podría argumentar la claridad de esta disposición transitoria, y excluir el artículo 24 LCCI para determinar el incumplimiento resolutorio *ex* artículo 1124 CC en aquellos supuestos en que se haya declarado abusiva la cláusula de vencimiento anticipado pactada antes de la entrada en vigor de la LCCI<sup>195</sup>. Sin embargo, resulta contrario a la voluntad tuitiva del legislador dar un peor trato a los prestatarios cuyos préstamos hayan sido declarados vencidos anticipadamente por entidades prestamistas antes de la entrada en vigor de la LCCI<sup>196</sup>.

Por otro lado, el ámbito del artículo 24 LCCI y, en consecuencia, los criterios de la gravedad del incumplimiento que contempla abarcan no solo a los préstamos concedidos a consumidores, sino con carácter general a las personas físicas<sup>197</sup>. Según su literalidad, incluye a cualquier prestatario persona física, sea cual sea su actividad, o el destino de la suma prestada, con tal de que haya una garantía real recayente sobre un inmueble de uso residencial.

Pero recordemos que se excluyen de la LCCI los prestatarios que sean personas jurídicas, dado que la norma se limita a proteger a los prestatarios que sean personas físicas, de acuerdo con el

<sup>195</sup> GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020. También ZUMAQUERO GIL, 2021, pp. 263-264, señala que para la aplicación del artículo 24 LCCI sería precisa la pertinente modificación legislativa.

<sup>196</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2019, para quien la laguna del contrato generada por la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva deberá integrarse, a través del artículo 1124 CC, con la norma del artículo 24 LCCI. En análogo sentido, MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.389, contempla la aplicación del artículo 1124 CC y la determinación de la gravedad del incumplimiento resolutorio de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 24 LCCI.

<sup>197</sup> Sobre la falta de exigencia de la cualidad de consumidor en el prestatario, *vid.* ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *RCDI*, 2020, p. 2.159; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *RCDI*, 2019, p. 2.090, quien señala que el artículo 24 LCCI, a diferencia del artículo 2 LCCI, no exige que en esos contratos de préstamo el prestatario, garante o fiador sea consumidor, sino simplemente persona física; de modo que en este sentido amplía el ámbito de aplicación de la LCCI.

artículo 4 1), lo que resulta criticable<sup>198</sup>. Para los préstamos hipotecarios no sujetos a la LCCI cabría pensar en aplicar el artículo 693.1 LEC, que permite declarar vencido anticipadamente un contrato de préstamo hipotecario cuando deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses<sup>199</sup>.

La gravedad del incumplimiento previsto en el artículo 693 LEC podría verse compatible con la jurisprudencia del TJUE, concretamente con la sentencia de 14 de marzo de 2013 que consideró abusiva una cláusula que permitía el vencimiento anticipado del préstamo por impago de una sola mensualidad, y a raíz de la cual se dio nueva redacción al precepto que, con anterioridad, permitía el vencimiento anticipado por un solo impago<sup>200</sup>. Sin embargo, este precepto no respeta la idea de excepcionalidad en la resolución contractual que exigía tal sentencia, porque no parece razonable que el límite entre la resolución o no de un préstamo hipotecario estuviese en el impago de tan solo tres cuotas, cuando lo usual es que este tipo de préstamos tengan una duración mínima de 10 años y una duración usual de 20 o 25 años, donde el número de cuotas llega, por tanto, hasta una media de 240 cuotas (préstamo a 20 años)<sup>201</sup>.

Además, la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, a la hora de remitir al artículo 24 LCCI para determinar la gravedad del incumplimiento en el caso de préstamos hipotecarios, no hace distinciones. Esto es, no limita su doctrina a los préstamos hipotecarios sujetos a la LCCI<sup>202</sup>.

<sup>198</sup> Vid. nota 187.

<sup>199</sup> Vid. GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020, quien propone aplicar este precepto a los préstamos vencidos con anterioridad a la LCCI que, por tanto, estarían excluidos de ella, de acuerdo con su disposición transitoria primera, y ADÁN DOMENECH, 2020, p. 188.

<sup>200</sup> TOL3.297.918 (Asunto C-415/11).

<sup>201</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 499.

<sup>202</sup> TOL8.303.583, Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto: «A falta de una norma que concrete cuándo es resolutorio el incumplimiento del deudor por impago de las cuotas del préstamo, la valoración de la gravedad del incumplimiento que exige la aplicación del artículo 1124 CC debe tener en cuenta tanto su carácter prolongado en el tiempo como la falta de reparación de la situación por parte del deudor, pues se trata de que el incumplimiento de las contraprestaciones que le incumben (devolución en ciertos plazos, pago de los intereses) justifique que el acreedor quiera poner fin al contrato para recuperar todo el capital prestado sin esperar al término pactado. A estos efectos, aun cuando el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), no es de aplicación a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido antes de la entrada en vigor de tal ley, para valorar la gravedad de un incumplimiento resolutorio resultan ilustrativos y pueden servir como pauta orientativa los criterios fijados por el legislador en el mencionado precepto para permitir al prestamista reclamar el reembolso total adeudado del préstamo».

Por todo lo anterior, estimo que debe aplicarse con carácter general el artículo 24 LCCI a los préstamos de larga duración. Dado el amplio ámbito de la LCCI, con razón se ha advertido que hubiera sido mejor establecer directamente una norma de alcance general que interpretara los artículos 1124 y 1129 CC en relación a todos los préstamos con garantía hipotecaria sobre inmuebles residenciales, o a los contratos de préstamo o crédito inmobiliarios en general relativos a ellos, en tanto exista en estos últimos el riesgo de afectación de un bien como la vivienda, incluyendo a las personas jurídicas, de tal manera que, para los supuestos excluidos del artículo 24 LCCI, también se aplicasen sus parámetros para determinar el incumplimiento resolutorio de acuerdo con el artículo 1124 CC. En este sentido, debe precisarse que el propio artículo 24 LCCI lo que hace es contemplar un incumplimiento que habilita a resolver el contrato, concretando y objetivando cuándo una entidad prestamista puede dar por resuelto el contrato para obtener la devolución de lo prestado. Y es que el vencimiento anticipado del préstamo por impago no deja de constituir una resolución del contrato por incumplimiento<sup>203</sup>.

Pues bien, el artículo 24 LCCI requiere que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses, y que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

«i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo, requisito que se considerará cumplido cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo, requisito que se considerará cumplido cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses».

---

<sup>203</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 492-493, 504-505 y 523-524. Sobre la equiparación del vencimiento anticipado a la resolución contractual, *vid.* igualmente ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.494, y ZUMAQUERO GIL, 2021, p. 245. En sentido contrario, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-35, advierte que la resolución y el vencimiento anticipado son cosas distintas, porque lo que se resuelve es el contrato, y lo que vence anticipadamente es la obligación de uno de los contratantes, de tal forma que la resolución extingue el contrato y obliga a liquidar la relación contractual, mientras que el vencimiento anticipado de una obligación legítima al acreedor para exigir antes de tiempo el cumplimiento.

El precepto distingue entre la primera y segunda mitad del préstamo, tratando de forma más beneficiosa al que incumple en la segunda mitad de la duración del préstamo, lo que resulta criticable pues supone en buena medida presumir legalmente que ha habido una conducta dolosa en el prestatario que incumple en la primera. Además, tal distinción se hace de forma rígida ya que solo contempla dos fases sin tener en cuenta la duración del préstamo, porque, por ejemplo, en caso de ser de treinta años, comenzaría la segunda en el decimosexto año cuando aún quedan catorce años. Por otro lado, el precepto no impide el vencimiento anticipado cuando se incumple el préstamo en sus últimos meses o años, lo que no es acorde con la jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas de vencimiento anticipado que exige al legislador prever medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de la cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo<sup>204</sup>.

Asimismo, el artículo 24 LCCI no ha derogado ni modificado el artículo 1124 CC, por lo que, aun aplicando el primer precepto, puede concederse un plazo adicional si el deudor demuestra que el incumplimiento fue causado por una imposibilidad sobrevenida no imputable a él, sobre todo si estamos ante préstamos garantizados con viviendas habituales<sup>205</sup>. En la concesión de este plazo debe tomarse en consideración el carácter preventivo, no represivo, que posee la resolución contractual<sup>206</sup>. Obviamente debe excluirse si el incumplimiento es intencional<sup>207</sup>.

### 4.3 Préstamos personales

Si se tratase de préstamos personales, la gravedad del incumplimiento resolutorio podría determinarse de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVBMP), que permite al vendedor resolver el contrato si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos<sup>208</sup>. Esta norma se aplica con independencia de que el adquirente del bien financiado sea o no consumidor, a diferencia de

---

<sup>204</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 519-520, en clara referencia a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11).

<sup>205</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 500-502 y 528. Como señala el autor la fórmula prevista en el artículo 1124. II CC no ha sido desarrollada por la LCCI, pero esto no significa que, en el ámbito de los préstamos o créditos regulados en la LCCI, o en general en el de los préstamos hipotecarios, se haya suprimido el mandato legal del citado precepto, ni se haya excluido su aplicabilidad, lo que habría obligado al legislador a modificarlo.

<sup>206</sup> MONTES PENADÉS, 1989, pp. 1.187-1.189.

<sup>207</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.223.

<sup>208</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020. Sobre la falta de necesidad de que el impago de dos plazos sea consecutivo, *vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 36-40.

la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC), que se limita a los contratos de financiación celebrados entre un profesional y un consumidor, por lo que excluye el préstamo entre particulares<sup>209</sup>. La LCC guarda silencio acerca del incumplimiento resolutorio, pero debe entenderse que los criterios vistos se extienden a su ámbito pues, de acuerdo con el artículo 2 de la LVBMP, esta norma se aplica subsidiariamente a los contratos sujetos a la primera<sup>210</sup>.

El ámbito de aplicación objetivo de la LCC es bastante amplio en cuanto a la definición de la prestación, ya que puede consistir tanto de un crédito en forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación ofrecido a un consumidor, última expresión esta, que se anticipa a la comercialización bancaria de nuevas modalidades contractuales<sup>211</sup>.

Pero cabe que un préstamo no garantizado mediante hipoteca y, por tanto, personal, entre en el ámbito de la LCCI, de acuerdo con su artículo 2.1 b), por estar destinado a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor<sup>212</sup>. En tal caso, la gravedad del incumplimiento resolutorio deberá determinarse de acuerdo con el artículo 24 LCCI.

Incluso se ha sostenido extender los criterios del artículo 24 LCCI a todos los préstamos, aunque no sean inmobiliarios, desde la base que tal precepto concreta la entidad del incumplimiento resolutorio previsto en el artículo 1124 CC<sup>213</sup>. Particularmente, cabe que un préstamo personal sea de muy larga duración, y parece un poco desproporcionado resolver en estos casos el contrato por el impago de dos cuotas. Por lo anterior, resulta necesario dictar una norma para determinar con carácter general la gravedad del incumplimiento que permita resolver los contratos de préstamo de larga duración, y así evitar la aplicación subsidiaria en este punto del artículo 10 LVBMP.

Si se tratase de un préstamo a devolver en un único plazo, el retraso leve que no frustre la finalidad del contrato no habilitará a

---

<sup>209</sup> *Vid.*, por todos, ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, pp. 4.515-4.519, y cfr. artículo 2.1 LCC, que dispone: «se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional».

<sup>210</sup> Defiende tal aplicación, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 41 ss.

<sup>211</sup> ORDÁS ALONSO, 2013, pp. 43-44.

<sup>212</sup> *Vid.* Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE, 30 de diciembre de 2019), la cual se plantea tal posibilidad.

<sup>213</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 506.

la resolución contractual<sup>214</sup>. El retraso justificaría la resolución en diferentes casos. Si es debido a la negativa o pasividad del deudor que patentice su voluntad obstativa o desinterés por cumplir con su obligación<sup>215</sup>; cuando la tardanza ha sido lo suficientemente larga, conforme a los usos sociales, para resultar inexigible una mayor paciencia al acreedor; o el retraso determine la imposibilidad, inidoneidad o inutilidad de la prestación tardía o de la propia espera. En nuestra materia resulta de particular importancia la inutilidad de la espera del acreedor, que se aprecia cuando el deudor no ha hecho nada, no acredita tener medios y en realidad no puede pagar<sup>216</sup>. No obstante, tratándose de un préstamo a devolver en un único plazo, las consecuencias de la resolución por incumplimiento no resultan tan graves para el prestatario porque en estos casos ya habrá llegado el plazo de devolución de lo prestado; mientras que si se trata de un préstamo a devolver en sucesivos plazos, no habrán vencido todos ellos, pero debido a un incumplimiento cualificado se permite la resolución del contrato.

## 5. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

La resolución contractual tiene como efecto fundamental extinguir las obligaciones recíprocas, las cuales desaparecen y dejan de producir los efectos que les eran propios, por lo que posee efecto liberatorio<sup>217</sup>. Además, con carácter general la resolución tiene eficacia retroactiva en la medida en que tiende a colocar a las partes en la misma situación en que se encontrarían si el contrato no se hubiera celebrado<sup>218</sup>. No solo extingue las obligaciones recíprocas, sino que, además, tiende a hacer desaparecer los efectos del contrato ya producidos<sup>219</sup>.

En caso de que el prestamista no hubiera entregado la suma al prestatario, no sería necesario la retroactividad apuntada, al bastar

<sup>214</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, pp. 8.220-8.221.

<sup>215</sup> STS de 30 de julio de 2009 (TOL1.594.296, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).

<sup>216</sup> Cfr. SSTS 24 de octubre de 2008 (TOL1.393.348, Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán); 27 de junio de 2011 (TOL2.238.300, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos), y 20 de julio de 2011 (TOL2.238.831, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos). *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.221.

<sup>217</sup> CLEMENTE MEORO, 2011-I, p. 236, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.249.

<sup>218</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, pp. 337-338; CLEMENTE MEORO, 1992, p. 241, y DELL'AQUILA, 1981, p. 196. *Vid.* SSTS de 31 de mayo de 1985 (TOL1.736.542, Ponente Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena) con abundante cita de otras, y 17 de junio de 1986 (TOL1.736.637, Ponente Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena).

<sup>219</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, p. 241. Este efecto múltiple de la resolución también puede verse en la PMCCOC (arts. 1202 y 1203).

con la extinción *ex nunc* de las obligaciones de ambas partes. Sin embargo, si la resolución se hubiera activado por incumplimiento del prestatario receptor de la cantidad prestada, sus efectos no pueden limitarse a disolver el vínculo contractual porque se crearía una situación de injusto enriquecimiento a favor de aquel por haber recibido la suma y no encontrarse obligado a su restitución<sup>220</sup>.

Agudamente se ha advertido que en puridad el contrato no desaparece, sino que lo hace la relación obligatoria. Así, si el contrato ha tenido por objeto cosas consumibles como es el caso del préstamo<sup>221</sup>, no pierde su utilidad porque el deudor no queda liberado de sus obligaciones. En cambio, si se trata de prestaciones inconsumibles y, por ello, susceptibles de ser devueltas, el contrato se volverá inútil<sup>222</sup>.

Como quiera que en el préstamo ambas partes asumen obligaciones pecuniarias, la resolución a instancia del prestamista hará que el prestatario deba entregar, por el efecto resolutorio, cosas de la misma naturaleza que las que se había obligado a devolver, esto es, cantidades monetarias. Por ello, en el préstamo no desaparecerá el interés del acreedor en ver cumplido el contrato. En esto se distancia el préstamo de la resolución de otros contratos en los que ambas partes no se obligan a entregar cosas de la misma naturaleza. Por ejemplo, en el contrato de compraventa la resolución a iniciativa del vendedor por impago del precio no conlleva que el comprador deba entregar la cantidad dineraria a la que inicialmente se había obligado, sino la restitución de la cosa entregada. En el préstamo, por el contrario, los efectos de la resolución son parecidos a los del cumplimiento en cuanto al objeto que sigue siendo dinerario<sup>223</sup>.

Como decimos, la resolución contractual conlleva el deber de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato<sup>224</sup>. Lo anterior, trasladado al contrato de préstamo, supone una especie de compensación de cuentas por-

---

<sup>220</sup> Vid. STS de 20 de junio de 1980 (TOL1.740.497, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez) que señaló: «La extinción de la relación contractual sobrevenida como consecuencia de la aplicación del artículo 1124 del Código Civil produce sus efectos no solo para el tiempo venidero sino con alcance retroactivo por virtud del cual se habla de volver al estado jurídicamente preexistente lo que implica que este resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto...».

<sup>221</sup> ENNECCERUS y LEHMANN, 1966, p. 417.

<sup>222</sup> DELL' AQUILA, 1981, pp. 160-161.

<sup>223</sup> Vid. en referencia a estos supuestos en que la resolución conduce al mismo resultado que la pretensión de cumplimiento, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.246.

<sup>224</sup> Cfr., entre otras, SSTS de 31 de mayo de 1985 (TOL1.736.542, Ponente Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena), y de 11 de febrero de 1992 (TOL1.654.699, Ponente Excmo. Sr. D. Matías Malpica González Elipe).

que el prestatario, en caso de incumplimiento parcial, no debe devolver la totalidad de lo que ha recibido del prestamista. Deberá el capital adeudado, descontándose lo ya pagado. Las obligaciones de ambas partes son pecuniarias lo cual permite que el prestatario descuenta del total percibido en su día las cantidades que ya han sido devueltas.

Como contrapartida del uso que ha hecho el prestatario del capital, el prestamista podrá conservar los intereses percibidos, igual que un arrendador conserva los alquileres vencidos en el caso de la resolución del arrendamiento<sup>225</sup>. Si la prestación es divisible, como ocurre normalmente en el contrato de préstamo, las ejecuciones parciales del contrato poseerán autonomía, por lo que la inejecución de las partes de la prestación que habían de entregarse sucesivamente no priva al acreedor del interés que tenía en la ejecución de la parte cumplida y, en consecuencia, la resolución no afectará a tales ejecuciones ya realizadas<sup>226</sup>. En tal sentido, la retroactividad de la resolución contractual equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto porque el deudor habría disfrutado del capital pese a lo cual el prestamista tendría que restituirle los intereses<sup>227</sup>. El contrato habrá funcionado de manera normal hasta cierto momento y no habrá motivos para no mantener los efectos producidos<sup>228</sup>. Por eso, en los contratos de tracto sucesivo, como es el préstamo, cuando las partes han ejecutado, durante un tiempo, sus prestaciones, la resolución será irretroactiva<sup>229</sup>.

Con todo, en ocasiones la resolución por sí sola resulta insuficiente para colocar al acreedor perjudicado por el incumplimiento en la situación en la que se encontraría de no haberse celebrado el contrato, lo que hace preciso acudir a la indemnización de daños y perjuicios, para resarcirle de los perjuicios complementarios que haya podido sufrir (art. 1124, párrafo segundo)<sup>230</sup>. La indemnización derivada de la resolución contractual requiere la cumplida prueba de que el incumplimiento ha producido daño o perjuicio al acreedor<sup>231</sup>. Pero tratándose de obligaciones pecuniarias, el acreedor puede solicitar

<sup>225</sup> Vid. ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, pp. 408-409.

<sup>226</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 139-140, quien se refiere con carácter general a estos efectos de las prestaciones divisibles.

<sup>227</sup> Sobre la irretroactividad de la resolución para los contratos de tracto sucesivo y en los de bienes consumibles que, por tanto, no pueden restituirse, y las consecuencias perniciosas de la retroactividad en tales casos, vid. DELL' AQUILA, 1981, p. 198.

<sup>228</sup> CAPITANT, 2019, p. 329.

<sup>229</sup> CLEMENTE MEORO, 2011-I, p. 237. Con carácter general, vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.249. El artículo 518-18 de la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* y el artículo 1204 PMCCOC, también salvan de la retroactividad a los contratos de ejecución continuada.

<sup>230</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, pp. 356-357.

<sup>231</sup> CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 192-193, y ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 357.

intereses moratorios sin ser necesario probar un perjuicio concreto, de acuerdo con el artículo 1108 CC<sup>232</sup>.

Se ha dicho que la indemnización al acreedor no debe limitarse a los intereses convenidos o legales, que prevé el artículo 1108 CC, para la mora del deudor<sup>233</sup>. No obstante, va a ser difícil que el prestamista pueda demostrar daños concretos.

Los intereses moratorios tienen por finalidad compensar el perjuicio que experimenta el prestamista por no poder disponer del capital prestado (más en su caso los intereses pactados) desde el momento en que debió ser restituido<sup>234</sup>. Se encuentra sometidos a diversos límites en disposiciones legales específicas. Así, por ejemplo, el artículo 20.4 LCC los limita a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero; y el artículo 25 LCCI para el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial establece que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales.

Con carácter general, el contratante perjudicado tiene derecho al lucro que aspiraba a obtener mediante el contrato, si se considera que el artículo 1124 CC tutela el interés contractual positivo, pero solo puede elegir ese o el negativo (entendido por colocar al contratante en la misma situación en que hubiera estado de no celebrarse el contrato), porque resultaría contradictorio pedir el beneficio dejado de obtener y a la vez los gastos realizados para el contrato<sup>235</sup>. La mayoría de la doctrina estima que el interés positivo es el tutelado por el artículo 1124 CC<sup>236</sup>. De solicitarse el resarcimiento del interés positivo derivado de la resolución de un contrato de préstamo podría pensarse que el prestatario debiera la totalidad de los intereses remuneratorios que el prestamista hubiera recibido de haberse cumplido con el contrato, y no solo los vencidos, pero no es así porque la resolución pretende la devolución del capital ahora y no cuando venían la totalidad de los plazos<sup>237</sup>.

---

<sup>232</sup> Así, el artículo 518-22 de la Propuesta de Código Civil señala que el daño consistirá «el pago de los intereses convenidos, y, a falta de convenio, en el interés legal, salvo que se pruebe un daño mayor».

<sup>233</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.254.

<sup>234</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 12.000.

<sup>235</sup> CLEMENTE MEORO, 2011-I, p. 238.

<sup>236</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.257.

<sup>237</sup> Así, el artículo 498 (2) del BGB señala que la resolución reduce la deuda en lo referente a los intereses que dependen de la duración del contrato que vencen al momento posterior a la denuncia del contrato. En este sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-40, sostiene que se deberán los intereses devengados desde el incumplimiento a la resolución, y como señalan MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 734, y MORALES IMBERNÓN, 2013, pp. 4.846 y 4.852, sería abusiva una cláusula que obligara al prestatario al pago de todos los intereses pactados, incluso los que correspondieran al periodo en que no se llegó a disfrutar del capital.

## V. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR IMPAGO Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

### 1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LOS PRÉSTAMOS POR IMPAGO

Como sabemos, el artículo 1129 CC regula unos supuestos legales de vencimiento anticipado de la obligación aplazada, esto es, determinadas circunstancias que permitirán al acreedor exigir de forma anticipada el importe de aquella, en nuestro caso del préstamo. Igualmente se ha expuesto que el impago como causa de vencimiento anticipado se contempla en algunas leyes especiales como la LVBMP (art. 10) y LCCI (art. 24), pero no en el artículo 1129 CC.

A pesar de lo anterior, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), se admiten las cláusulas de vencimiento anticipado si obedecen a otras causas justificadas no previstas en el artículo 1129 CC, como es el impago<sup>238</sup>. De modo aislado, la STS de 27 de marzo de 1999 consideró nulas las cláusulas de vencimiento por impago, por ser contrarias a la normativa hipotecaria y al carácter taxativo del artículo 1129 CC que apreció el pronunciamiento, lo cual sería gravemente criticado por la doctrina, para la cual el impago de las cuotas de amortización justifica el vencimiento anticipado de una relación con tan amplios términos de vencimiento<sup>239</sup>. Con todo, el planteamiento de esta sentencia quedó rápidamente superado con la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada al año siguiente, cuyo artículo 693 permitía el pacto de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por impago, incluso de una sola cuota. Este precepto fue aplicado durante años por el Tribunal Supremo, hasta su reforma por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que elevó a tres el número de cuotas para poder declarar el préstamo vencido de forma anticipada<sup>240</sup>.

<sup>238</sup> Por todos, Díez-PICAZO, 2007, p. 377, y MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 734.

<sup>239</sup> TOL1.933.106, Ponente Excmo. Sr. José Menéndez Hernández. *Vid.* MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 4.851.

<sup>240</sup> Cfr. STS de 4 de junio de 2008 (TOL1.331.025, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), que señaló: «concorre justa causa... nos encontramos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo». *Vid.* igualmente STS de 17 de febrero de 2011 (TOL2.046.631, Ponente Excmo. Antonio Salas Carceller).

Por otro lado, debe recordarse que el vencimiento anticipado del préstamo por impago constituye una resolución del contrato por incumplimiento, no es una fase de cumplimiento del contrato, puesto que se produce precisamente por el incumplimiento<sup>241</sup>.

## 2. APRECIACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR IMPAGO

Durante años se permitió el vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario por el impago de una sola cuota. Sin embargo, esta situación cambió a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013 según la cual una cláusula que contemple el vencimiento anticipado por la falta de pago podía resultar abusiva<sup>242</sup>. Así, la sentencia instó al juez nacional a comprobar el posible carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, para lo que debe ponderarse: a) si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; b) si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; c) si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia, y d) si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo<sup>243</sup>.

Con carácter general, de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumido-

---

<sup>241</sup> RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 492. También ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.494, y ZUMAQUERO GIL, 2021, p. 245, equiparan el vencimiento anticipado a la resolución contractual. En cambio, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-35, advierte que la resolución y el vencimiento anticipado son cosas distintas (*vid.* nota 203).

<sup>242</sup> TOL3.297.918 (Asunto C-415/11). Como señala la STS de 23 de diciembre de 2015 (TOL5.615.949, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres): «la sentencia de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva *per se*, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso».

<sup>243</sup> En lo que aquí interesa, se trataba de una cuestión prejudicial planteada sobre la protección al consumidor que dispensaba el sistema de ejecución hipotecaria previsto en la LEC, y sobre la posible desproporción de una cláusula de un préstamo hipotecario que preveía el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota. El prestatario, quien había impagado cinco cuotas del préstamo, no se opuso a la ejecución hipotecaria iniciada por la entidad bancaria, y presentó una demanda para que se declarase la nulidad de la cláusula y, en consecuencia, de la subasta.

res<sup>244</sup>, así como con el artículo 82 TRLGDCU, se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones o cláusulas no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por tanto, para que una cláusula pueda reputarse abusiva es preciso la concurrencia de los dos requisitos que señala la norma: ser contraria a las exigencias de la buena fe y causar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor<sup>245</sup>.

El TJUE ha fijado que para apreciar si concurre un desequilibrio importante en detrimento del consumidor debe realizarse un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas<sup>246</sup>.

Y para apreciar la existencia de tal desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, el TJUE ha sentado que debe comprobarse si podía estimarse razonablemente que el consumidor hubiera aceptado el contenido de la cláusula, en el marco de una negociación individual, siendo tratado por el profesional de manera leal y equitativa<sup>247</sup>. En este sentido, resulta lógico que en estas condiciones un consumidor no acepte la posibilidad del vencimiento anticipado de un préstamo por impago de un número mínimo de cuotas.

En cuanto a estos medios adecuados y eficaces de que debe disponer el consumidor para poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo, y a los que aludía la STJUE de 14 de marzo de 2013, hasta la reforma de la LEC realizada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructura-

<sup>244</sup> DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993.

<sup>245</sup> Díez-PICAZO, 2007, p. 464.

<sup>246</sup> Cfr. pto. 68 de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); pto. 65 de ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13), y pto. 59 de STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14).

<sup>247</sup> Cfr. pto. 69 de STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); pto. 66 de ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13), y pto. 60 de STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14).

ción de deuda y alquiler social, el carácter abusivo de la cláusula no se hallaba entre las causas de oposición que contemplaba el artículo 695 LEC para los procedimientos de ejecución hipotecaria, el cual sería incorporado en su apartado primero, regla cuarta. Además, el artículo 698 LEC remitía al juicio declarativo correspondiente cualquier otra reclamación que el deudor pudiera formular, sin que tal procedimiento suspendiera la ejecución hipotecaria. Así, el único remedio que le quedaba al consumidor era instar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Todo ello hacía que la normativa española no se ajustase al principio de la efectividad de la protección a los consumidores que pretende garantizar la Directiva 93/13, en la medida en que hacía imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar tal protección<sup>248</sup>.

El control de abusividad de las cláusulas se realiza por el juez nacional de oficio, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, lo que el TJUE señaló desde la sentencia de 27 de junio de 2000. Tal doctrina se sustenta dos argumentos básicos. En una razón de justicia material, en consideración a la situación de inferioridad del consumidor que motiva que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, por lo que el juez debe subsanar el desequilibrio que pueda existir entre el profesional y aquel. Y en un objetivo de política general, concretamente el efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas, porque tal apreciación de oficio contribuye a poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores<sup>249</sup>. Pero fue a partir de la STJUE de 4 de junio de 2009, cuando se reconoció la obligación, que no mera facultad, del órgano judicial de controlar de oficio las cláusulas abusivas<sup>250</sup>. Y sería con la reforma de la LEC, realizada por la Ley 1/2013, cuando se introdujo el control de oficio de las cláusulas abusivas, dando una redacción al artículo 552.1, párrafo segundo.

<sup>248</sup> Cfr. ptos. 54, 55, 59 y 60 de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11).

<sup>249</sup> TOL105.647, (Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98). También sobre el control de oficio, *vid.* STJUE de 14 de marzo de 2013 (pto. 45) (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13) (pto. 41); STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14) (pto. 54), y STJUE de 4 de junio de 2020 (TOL7.950.933) (Asunto C-495/19), que extiende esta facultad a los casos en que el demandado se encuentre en rebeldía (pto. 40).

<sup>250</sup> TOL2.166.356 (Asunto C-243/08). Así, lo señala la STJUE de 28 de julio de 2016 (TOL5.782.390) (Asunto C-168/15) en su pto. 30.

### 3. EL CONTROL ABSTRACTO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: LA INTRASCENDENCIA DE SU FALTA DE APLICACIÓN

A raíz de la reforma del artículo 693 LEC realizada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que elevó a tres el número de plazos cuyo impago podía activar el vencimiento anticipado del préstamo, muchas entidades bancarias, que antes habían insertado en sus contratos cláusulas que permitían el vencimiento por impago de una sola cuota, esperaron al impago de tres plazos para iniciar la ejecución hipotecaria en un intento de soslayar el carácter abusivo del pacto<sup>251</sup>.

Sin embargo, el ATJUE de 11 de junio de 2015, que traía causa de una ejecución iniciada tras el impago de cuatro cuotas de un préstamo, declaró que la cláusula que contempla el vencimiento anticipado por un solo impago no deja de ser abusiva, aunque no se haya aplicado efectivamente por dejar transcurrir los tres plazos previstos en el artículo 693 LEC en su redacción dada por la Ley 1/2013<sup>252</sup>. Efectivamente, como señala el auto, las prerrogativas de los jueces nacionales que constatan la existencia de una cláusula abusiva no se pueden encontrar supeditadas a que la cláusula se aplique o no en la práctica porque ello iría en contra del efecto disuasorio de su utilización que persigue el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas. A ello une otro argumento que delimita la apreciación o no del carácter abusivo, pues en tal juicio se ha de atender a la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, así como a las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13<sup>253</sup>.

Lo anterior se conoce con el nombre de control en abstracto de la cláusula, que no tiene en cuenta si se ha aplicado o no<sup>254</sup>. Dicho tipo de control se ha reiterado por el Tribunal Supremo después de que lo hiciera el TJUE en sentencia de 26 de enero de 2017, que

<sup>251</sup> Vid. ADÁN DOMENECH, 2020, p. 163, y JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2020, p. 592.

<sup>252</sup> TOL5.170.613 (Asunto C-602/2013).

<sup>253</sup> Vid. ptos. 50 a 54. Dispone el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 que «...el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

<sup>254</sup> FERNÁNDEZ-SEIJO, *Diario La Ley*, 2019-I, p. 9, y JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2020, p. 601.

declaró el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola mensualidad, aunque la entidad bancaria no la aplicara y esperara en este caso al impago de siete mensualidades para iniciar la ejecución hipotecaria<sup>255</sup>.

Al margen del efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13, en el caso de préstamos hipotecarios, aunque las entidades esperasen, se estaba usando la cláusula, pues la facultad del vencimiento anticipado no les asiste en aplicación del derecho dispositivo al contrato<sup>256</sup>. Efectivamente, el artículo 693 LEC simplemente contemplaba la posibilidad de pactar un vencimiento anticipado por impago, por lo que se requería de pacto.

En contra se podría argumentar que, en el caso concreto de la STJUE de 26 de enero de 2017, el vencimiento anticipado es fruto de la gravedad del incumplimiento del deudor y concluir que no se ha producido un abuso con respecto al deudor consumidor<sup>257</sup>. Sin embargo, debe primar el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13, y además en el fondo se estaba haciendo uso de la cláusula de vencimiento anticipado por impago, pues este no cabía sin pacto.

El ATJUE de 11 de junio de 2015 deduce del efecto disuasorio a que hace referencia el artículo 7.1 de la Directiva y de la apreciación del carácter abusivo de acuerdo con el objeto del contrato y las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración, que la contradicción de una cláusula al artículo 693.2 LEC (que exigía después de 2013 el impago de tres cuotas) no permite por sí sola declararla abusiva<sup>258</sup>. Ahora bien, en la parte dispositiva de esta resolución se trasladó únicamente el analizado control abstracto.

A raíz de este auto, el Tribunal Supremo en sentencias, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 (ambas con sendos votos particulares del Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno) declaró nulas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de capital o intereses, pero intentó que no se paralizaran las ejecuciones

---

<sup>255</sup> STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14), ptos. 68 y 73. Cfr. SSTS de 19 de febrero (TOL7.783.928), Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena); 9 de junio de 2020 (TOL7.969.837, Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile), y 15 de noviembre de 2011 (TOL8.649.766, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) dictadas sobre préstamos personales que contemplaban el vencimiento anticipado por impago.

<sup>256</sup> CARBALLO FIDALGO, *InDret*, 2019, p. 22

<sup>257</sup> RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2020, pp. 535-536, quien sostiene que el caso concreto resuelto por la STJUE de 2017, debido al incumplimiento de siete mensualidades, ha de considerarse grave, con respecto a la legislación general, y en comparación con otros supuestos de incumplimientos de obligaciones de tracto sucesivo, –vgr. arrendamiento y desahucio, resolución por incumplimiento...– y por tanto, no se ha producido un abuso con respecto al deudor.

<sup>258</sup> Cfr. pto. 52.

hipotecarias, como veremos con detalle en el epígrafe siguiente<sup>259</sup>. El Supremo señaló que para declarar abusivas las cláusulas los tribunales no solo deben tenerse en cuenta el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013, sino que además deben valorarse, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios de la esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia, que había establecido la STJUE de 14 de marzo de 2013<sup>260</sup>.

#### 4. LA IMPOSIBLE ABUSIVIDAD PARCIAL DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR IMPAGO

Como hemos visto, la STJUE de 26 de enero de 2017 reiteró la doctrina del ATJUE de 11 de junio de 2015, sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola mensualidad, aunque la entidad bancaria no la aplicara y esperara en este caso al impago de siete mensualidades para iniciar la ejecución hipotecaria.

Esto conllevó que el Tribunal Supremo, a través de Auto de 8 de febrero de 2017, y el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, mediante Auto de 30 de marzo de 2017, formularon sendas cuestiones prejudiciales<sup>261</sup>. Ambos órganos plantearon si, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de vencimiento por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula<sup>262</sup>. También se planteó si un juez nacional, una vez declarada abusiva una cláusula de venci-

<sup>259</sup> TOL5.615.949 y TOL5.655.324, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

<sup>260</sup> Cfr. pto. 4 del quinto motivo de la STS de 23 de diciembre de 2015, y pto. 5 del segundo motivo de la STS de 18 de febrero de 2016 (TOL5.615.949 y TOL5.655.324, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres).

<sup>261</sup> TOL7.119.665 (Asuntos C-70/17 y C-179/17).

<sup>262</sup> La cláusula en cuestión contemplaba el vencimiento anticipado del préstamo «por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula».

miento anticipado, puede valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, como es el artículo 693.2 LEC (que por aquel entonces permitía pactar el vencimiento anticipado por impago de tres plazos) aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución, resulte más favorable para el consumidor que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, con la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria le reconoce. En torno a esta cuestión el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona planteó sus dudas sobre el criterio del Tribunal Supremo al sostener que si cupiera aplicar el artículo 1124 CC, este precepto permite dar un plazo adicional al deudor, lo que sería más favorable que el artículo 693.2 LEC<sup>263</sup>.

El planteamiento de estas cuestiones prejudiciales provocó la paralización de las ejecuciones hipotecarias, en cuyo contexto se dictó la STS, de Pleno de 11 de julio de 2018, que, como sabemos, se pronunció a favor de la resolución por incumplimiento de los contratos de mutuo, en aplicación del artículo 1124 CC<sup>264</sup>.

Estas cuestiones fueron resueltas por la STJUE de 26 de marzo de 2019 que, después de reconocer la competencia del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, señaló que, pese a estar inspiradas en el artículo 693.2 LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales en los que se incluyeron (en referencia a la redacción original del precepto), deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad<sup>265</sup>.

Aquí nos detendremos en la primera cuestión prejudicial planteada que fue resuelta por la STJUE que, al interpretar los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, resolvió que, si resulta abusiva la determinación del número de plazos impagados que activan la cláusula de vencimiento anticipado, no puede haber una nulidad parcial, sino total del pacto. Para el TJUE, atribuir al órgano judicial la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusi-

<sup>263</sup> Cfr. pto. 34 de STJUE de 26 de marzo de 2019.

<sup>264</sup> *Vid.* ADÁN DOMENECH, 2020, p. 166, quien señala que proliferaron procesos declarativos, motivándose las demandas en el artículo 1124 CC (cfr. SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2019 [TOL7.454.816], y SAP Madrid, Sección 13.ª, de 5 de julio de 2019 [TOL7.450.858]).

<sup>265</sup> Cfr. ptos. 50 a 51.

vas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, esto es, contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores<sup>266</sup>. Por tanto, se excluye cualquier posibilidad de aplicar la técnica denominada *blue pencil rule*, esto es, realizar una tachadura sobre el papel, eliminando lo que es abusivo y manteniendo la eficacia de lo que es conforme a Derecho<sup>267</sup>. Por las razones apuntadas, tal doctrina merece un juicio positivo<sup>268</sup>.

## 5. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO O SUSTITUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR LA REGULACIÓN LEGAL

En los siguientes epígrafes expondré la evolución de los pronunciamientos del TJUE en torno a la integración del contrato, que han ido desde su prohibición hasta su admisión en aquellos supuestos en que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva, y la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales. A continuación, se hará lo propio con la jurisprudencia del TS que ha apreciado que los contratos de préstamo hipotecario no pueden pervivir sin las cláusulas de vencimiento anticipado y la anulación contractual perjudica al consumidor. Por último, terminaré realizando una valoración crítica de los diferentes argumentos en que se basa la mencionada integración contractual, así como de la opción elegida por el Supremo para integrar el contrato.

### 5.1. Precedentes jurisprudenciales de la STJUE de 26 de marzo de 2019

La STJUE de 14 de junio de 2012 prohibió la integración del contrato afectado por cláusulas abusivas porque el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige que no vinculen al consumidor tales cláusulas. Así, debe suprimirse tal cláusula, y el contrato debe subsistir en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posi-

<sup>266</sup> Cfr. ptos. 53 a 55.

<sup>267</sup> MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.392.

<sup>268</sup> CARBALLO FIDALGO, *InDret*, 2019, p. 25; ADÁN DOMENECH, 2020, p. 171, y JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2020, p. 608.

ble<sup>269</sup>. Fruto de tal sentencia, la Ley 3/2014, de 17 de marzo, modificó el artículo 83 TRLGDCU, que prohibió toda posibilidad de integración, recalcó la nulidad de las cláusulas abusivas señalando «que se tendrán por no puestas», así como la vigencia del contrato siempre que pueda subsistir «sin dichas cláusulas».

Posteriormente, la STJUE de 30 de abril de 2014 autorizó la integración de la cláusula abusiva mediante su sustitución por una disposición supletoria nacional si la abusividad afecta a un elemento esencial del contrato, y fuese necesaria para permitir la subsistencia de aquél en beneficio de los intereses del consumidor. Se fundamentó el TJUE en que la disposición nacional pretende reemplazar el equilibrio formal entre las partes del contrato por el equilibrio real, y en que la anulación del contrato en su conjunto en perjuicio del consumidor frustraría el efecto disuasorio de la utilización de las cláusulas abusivas<sup>270</sup>.

También debemos referirnos a la STJUE de 20 de septiembre de 2018, que permitió la sustitución de una cláusula viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad al contrato<sup>271</sup>. Precisamente, en este pronunciamiento se apoyó la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, para sustituir la cláusula de vencimiento anticipado viciada de nulidad por el artículo 24 LCCI, que es una norma imperativa<sup>272</sup>.

## **5.2. La doctrina de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y de la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019**

La STS, de Pleno de 11 de julio de 2018, que, como sabemos, se pronunció a favor de la resolución por incumplimiento de los contratos de mutuo, en aplicación del artículo 1124 CC, fue dictada en un contexto de paralización de ejecuciones hipotecarias, provocada por el planteamiento ante el TJUE de cuestiones de prejudicialidad sobre la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en contratos de préstamos hipotecarios con consumidores. Dichas cuestiones fueron resueltas por el TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 2019, a raíz de la cual se dictó la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019<sup>273</sup>.

<sup>269</sup> TOL2.558.453 (Asunto C-618/10), ptos. 65 a 66.

<sup>270</sup> TOL4.629.653 (Asunto C26/13), ptos. 83 a 85.

<sup>271</sup> TOL6.797.054 (Asunto C-51/17), ptos. 46 a 49. En este caso no se trataba de una cláusula de vencimiento anticipado sino de una cláusula que contemplaba un tipo de interés que el legislador fijó posteriormente con carácter imperativo en un porcentaje más favorable al consumidor.

<sup>272</sup> TOL7.474.304, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

<sup>273</sup> TOL7.119.665 (Asuntos C-70/17 y C-179/17), y TOL7.474.304, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

Como vimos en el epígrafe 4, la STJUE de 26 de marzo de 2019, al interpretar los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, resolvió que, si resulta abusiva la determinación del número de plazos impagados que activan la cláusula de vencimiento anticipado, no puede haber una nulidad parcial, sino total, y otorgó al juez nacional la facultad de decidir si el contrato puede subsistir o no sin tal cláusula, para lo que debía adoptarse un enfoque objetivo y no atender exclusivamente a los intereses del consumidor<sup>274</sup>.

En caso de que el juez nacional estimase que el contrato no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, el TJUE le facultó para sustituir la cláusula anulada por la nueva versión de la disposición legal supletoria que inspiró su redacción, en referencia al artículo 693.2 LEC. Esto es, reemplazar tal cláusula, establecida de acuerdo con la versión original del artículo 693.2 LEC, y que permitía declarar vencido el préstamo por el impago de un solo plazo, por la redacción que al mencionado precepto le dio la Ley 1/2013, según la cual se podía pactar el vencimiento anticipado por incumplimiento de al menos tres plazos<sup>275</sup>. Esta doctrina que admite la sustitución de la cláusula abusiva por una norma supletoria de Derecho nacional cuando el contrato no puede subsistir sin aquella, y la anulación del contrato perjudicaría al consumidor, fue reiterada por dos AATJUE de 3 de julio de 2019<sup>276</sup>.

Si en cambio el contrato, a criterio del juez nacional, pudiera pervivir sin la cláusula abusiva, la STJUE de 26 de marzo de 2019 señaló que sí resultará relevante el criterio del consumidor, quien podrá oponerse a su aplicación o conformarse, porque puede estimar que el procedimiento de ejecución hipotecaria es más favorable a sus intereses que un procedimiento ordinario, en clara alusión al artículo 1124 CC<sup>277</sup>.

<sup>274</sup> Cfr. pto. 60, que se remite a la STJUE de 15 de marzo de 2012 (TOL2.517.081) (Asunto C-453/10), que adoptó tal enfoque.

<sup>275</sup> Cfr. pto. 64 de esta STJUE de 26 de marzo de 2019: «los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

<sup>276</sup> TOL7.378.596 (Asunto C-92/16) y TOL7.378.595 (Asunto C-167/16).

<sup>277</sup> Cfr. pto. 63 sobre la aludida necesidad de atender al criterio del consumidor: «Por el contrario, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 56 de la presente sentencia, si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas con-

Pues bien, el Tribunal Supremo en la sentencia de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, declaró la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario que preveía tal efecto por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización. Y, con invocación de la doctrina sentada por la STJUE de 15 de marzo de 2012, recalcó que para decidir si un contrato puede pervivir sin la cláusula de vencimiento anticipado, se ha de adoptar un criterio objetivo y no solo atender al interés del consumidor. Concluyó el TS que la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado afecta a la economía del contrato y a su subsistencia, porque sin ella la entidad prestamista no otorgaría préstamos hipotecarios que le impidieran ejecutar la garantía real hasta el completo impago<sup>278</sup>. Por tanto, impidió toda posibilidad de que se diera audiencia al consumidor para decidir entre no aplicar la cláusula abusiva y acudir a un procedimiento ordinario, o proseguir la ejecución hipotecaria al amparo de tal cláusula<sup>279</sup>.

El Tribunal Supremo considera imposible la subsistencia del contrato con apoyo en dos razones. En el carácter inescindible del préstamo y la hipoteca, garantía que permite al consumidor obtener un crédito más económico por las posibilidades que ostenta el prestamista, que de no existir encarecería el coste de los préstamos hipotecarios. También en que la cláusula de vencimiento anticipado permite al acreedor iniciar la ejecución hipotecaria que es la facultad esencial del derecho de hipoteca, en tanto atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC). Y en par-

---

trovertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria».

<sup>278</sup> Cfr. pto. 8 del fundamento de derecho octavo que señala: «Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses».

<sup>279</sup> Sobre esta opción limitada a los casos de posible subsistencia del contrato, *vid.* pto. 36 de la STJUE de 26 de marzo de 2019. ORDUÑA MORENO, 2020, p. 2, sostiene que en todo caso debería darse audiencia al consumidor quien puede preferir la nulidad del contrato en vez de su integración.

particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido<sup>280</sup>.

A continuación, el Tribunal Supremo establece que la justificación de las cláusulas de vencimiento anticipado es una cuestión casuística en la que habrá que ponderar cuántas mensualidades se han dejado de abonar en relación con la vida del contrato, así como las posibilidades de reacción del consumidor, lo que debe juzgarse acudiendo al artículo 24 LCCI. A partir de aquí, la sentencia ofrece unas pautas según la fecha en la que se haya declarado el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, permitiendo un posterior procedimiento ejecutivo con fundamento no en la cláusula abusiva, sino en la LCCI. En este punto, el Supremo se apoyó en la STJUE de 20 de septiembre de 2018, que permitió la sustitución de una cláusula viciada de nulidad por una norma imperativa posterior<sup>281</sup>.

Pues bien, el TS estableció las siguientes pautas: a) Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite; b) Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos; c) Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación, y d) Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales.

### 5.2.1 VALORACIÓN CRÍTICA

En los siguientes epígrafes valoraré si el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir o no sin la cláusula de vencimiento por impago. A continuación, me pronunciaré sobre si la anulación del contrato perjudica al consumidor o realmente al profesional. Por último, determinaré con qué norma sería conveniente integrar el contrato

<sup>280</sup> Apoya la sentencia el carácter inescindible del préstamo y la hipoteca en las STS de 23 de enero de 2019, la STJUE de 26 de marzo de 2019 (ptos. 59 y 60), y en los AATJUE de 3 de julio de 2019 (ptos. 49 y 50), TOL7.378.596 (Asunto C-92/16), y TOL7.378.595 (Asunto C-167/16).

<sup>281</sup> TOL6.797.054 (asunto C-51/17), cfr. ptos. 46 a 49.

para cumplir con los objetivos de la Directiva 93/13, y realizaré una valoración final sobre la utilidad del artículo 1124 CC que pervive más allá de la jurisprudencia que ha acudido al artículo 24 LCCI para integrar la cláusula de vencimiento anticipado nula.

### 5.2.1.1 *¿Imposible subsistencia del contrato?*

Conviene recordar que el Tribunal Supremo en sus sentencias, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, después de declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de capital o intereses, entró a valorar si favorecería al consumidor sobreseer la ejecución hipotecaria y remitir a las partes a un declarativo, o continuar la vía ejecutiva por considerar su terminación un perjuicio para el consumidor. Por tanto, en estas sentencias el Supremo aún no se planteaba si podía subsistir o no el contrato sin la cláusula en cuestión, porque precisamente la subsistencia servía de base para la solución finalmente adoptada, esto es, la posibilidad de que continuara la ejecución hipotecaria como solución más favorable para el deudor hipotecario<sup>282</sup>.

En primer lugar, la cláusula de vencimiento anticipado no constituye un elemento esencial del contrato del préstamo<sup>283</sup>. Pero se ha planteado que el interrogante a responder no es si cabría un préstamo hipotecario sin posibilidad alguna de vencimiento anticipado, sino si el contrato puede subsistir sin que el prestamista pueda ponerle fin anticipadamente, por muy graves que hayan sido los impagos por parte del prestatario. Es obvio que sin tales cláusulas, la entidad bancaria, que tendría que esperar al vencimiento total de los plazos o a ir reclamando parcialmente los plazos vencidos y no satisfechos, a pesar de los incumplimientos reiterados del prestatario, no concedería créditos hipotecarios<sup>284</sup>.

Por otro lado, aunque la garantía real no se desnaturalizaría por la inexistencia del vencimiento anticipado porque la entidad bancaria podría activarla a través de la ejecución hipotecaria para cobrar la cuota o cuotas impagadas, esta le reportaría una utilidad menor<sup>285</sup>. Sin vencimiento anticipado, la garantía resulta en gran

<sup>282</sup> ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 2.

<sup>283</sup> ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, 2019, p. 10; FERNÁNDEZ-SEJO, *Almacén de Derecho*, 2019-II, GÓMEZ POMAR y ARTIGOT GOLOBARDES, *ADC*, 2020, p. 51, y ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 4. En sentido contrario, MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.395, para quien «constituye elemento esencial en cuanto configura el tipo contractual en el que un número determinado de impagos por el deudor posibilitan al acreedor que pueda poner fin anticipadamente al vínculo obligacional».

<sup>284</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2019; FERNÁNDEZ-SEJO, *Almacén de Derecho*, 2019-II, y GÓMEZ POMAR y ARTIGOT GOLOBARDES, *ADC*, 2020, p. 51. En análogo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, 2019, p. 10.

<sup>285</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020.

medida ilusoria, pues no cabe pensar que se conceda financiación a largo plazo sin un remedio procesal eficaz, como la ejecución hipotecaria, para reintegrar plenamente al acreedor ante un incumplimiento relevante del deudor<sup>286</sup>.

Otros autores sostienen que puede subsistir el contrato de préstamo sin la cláusula de vencimiento anticipado<sup>287</sup>. O que no era necesario plantearse la subsistencia o no del contrato, sino simplemente expulsar a la cláusula abusiva de él<sup>288</sup>. Particularmente, el propio artículo 693 LEC distingue dos supuestos dependiendo de si se ha pactado o no el vencimiento anticipado, limitando en el segundo caso la reclamación del acreedor a las cuotas vencidas, por lo que aun en este supuesto cabe la ejecución de la garantía hipotecaria<sup>289</sup>. Así, se apreció en los votos particulares emitidos por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno a las SSTS, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, que lo que no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado es la ejecución hipotecaria, y no el contrato que puede pervivir sin la cláusula, al no constituir un elemento esencial. Por tanto, el problema es meramente procesal, en el sentido de que el acreedor tendrá que acudir a otras vías para conseguir la realización de la garantía<sup>290</sup>. Así, se ha propuesto acudir al artículo 1124 CC o al artículo 1129 CC en caso de que el prestatario resulte insolvente<sup>291</sup>. En alguna medida, esto lo confirma el criterio que el TS mantiene cuando se trata de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas insertas en préstamos personales, al no anularlos sino limitar la condena a las cantidades adeudadas, a pesar de que estos contratos pueden ser también de larga duración<sup>292</sup>.

<sup>286</sup> GÓMEZ POMAR Y ARTIGOT GOLOBARDES, *ADC*, 2020, p. 56.

<sup>287</sup> SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *RCDI*, 2019, p. 2.082; ADÁN DOMENECH, *Diario la Ley*, 2019, p. 3, y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2020, p. 537.

<sup>288</sup> ARIAS RODRÍGUEZ, *Act. Civil*, 2019, p. 3.

<sup>289</sup> *Vid.* ZUMAQUERO GIL, 2021, pp. 245-248.

<sup>290</sup> CABANAS TREJO, 2019, p. 2, y ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 3.

<sup>291</sup> ADÁN DOMENECH, *Diario la Ley*, 2019, p. 6.

<sup>292</sup> Cfr. SSTS, de Pleno, de 12 de febrero de 2020 (TOL7.745.679, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) y 19 de febrero (TOL7.783.928, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), así como SSTS de 9 de junio de 2020 (TOL7.969.837, Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile) y 15 de noviembre de 2011 (TOL8.649.766, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres). Estos pronunciamientos recayeron sobre contratos de préstamos personales que contemplaban su vencimiento anticipado por impago de cualquiera de las cuotas, cláusula que se declaró abusiva por no vincularse tal vencimiento a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Sin embargo, dada la naturaleza personal de estos préstamos, el TS no aplicó las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor, en alusión a la STJUE de 26 de marzo de 2019. Así, redujo la estimación de la demanda al importe de los plazos impagados a la fecha de su presentación.

Ciertamente la entidad bancaria no hubiera celebrado un contrato de préstamo hipotecario sin una cláusula de vencimiento anticipado o, en suma, sin poder resolver el contrato ante incumplimientos reiterados del prestatario, pero la entidad bancaria al incluir una cláusula abusiva se apartó del Derecho. Y, por otro lado, un consumidor tratado lealmente por un profesional no hubiera aceptado en una negociación individual el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota, realidad esta, a la que ha atendido el TJUE en diversos pronunciamientos para apreciar el desequilibrio que define a las cláusulas abusivas<sup>293</sup>. Así, otros autores opinan que incluso aunque la cláusula de vencimiento anticipado fuera un elemento esencial, por elevarse como condición esencial, ello no puede justificar la abusividad de una cláusula y, por tanto, impedir su sanción<sup>294</sup>. En sentido contrario, se argumenta que del mismo modo que el consumidor no hubiera aceptado una cláusula de vencimiento anticipado por un solo impago, tampoco la entidad bancaria hubiera prestado a largo plazo sin posibilidad de dar por vencido el contrato ante incumplimientos relevantes<sup>295</sup>. Pero no debe perderse de vista que la cláusula abusiva en cuestión fue impuesta por la entidad bancaria, esto es, la situación fue provocada por ella apartándose del justo equilibrio que ahora se le otorga bajo el argumento de la imposible subsistencia del contrato que se dice perjudica al consumidor, lo que veremos en el siguiente epígrafe.

Además, de acuerdo con la Comisión Europea la determinación de si el contrato puede subsistir es una cuestión objetiva, es decir, no puede basarse en los intereses de una sola parte, pero esto implica, a la vez, que no importará si el profesional habría celebrado o no el contrato sin la cláusula abusiva o si la supresión de la cláusula hace que el contrato sea menos atractivo desde un punto de vista económico<sup>296</sup>.

### 5.2.1.2. *Los perjuicios causados al consumidor*

Al margen de la discusión en torno a la subsistencia o no del préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado,

<sup>293</sup> Cfr. pto. 69 de STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); pto. 66 de ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13), y pto. 60 de STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14).

<sup>294</sup> ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 4.

<sup>295</sup> GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020.

<sup>296</sup> Cfr. pto. 4.3.2. de la Comunicación de la Comisión Europea «Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores». No obstante, dicha guía se concibe como una mera orientación, como señala su introducción (DOUE, 27 de septiembre de 2019).

la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, proponen, respectivamente, sustituirla por el artículo 693 LEC reformado en 2013 y por la LCCI, no vigente cuando se dictó la primera sentencia. Ambos pronunciamientos parten de la idea de que la imposible subsistencia del contrato por la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado expone al consumidor a consecuencias perjudiciales, lo que permite sustituirla por una norma nacional supletoria en su versión vigente con posterioridad a la inserción de la cláusula, lo que no vulnera el artículo 6.1 la Directiva 93/13 que, con carácter general impide al juez nacional integrar el contrato modificando el contenido de las cláusulas abusivas. Así, la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, defiende que el artículo 1124 CC perjudica al consumidor en comparación con los beneficios que le reporta el procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>297</sup>.

El Tribunal Supremo en sentencias, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, después de declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de capital o intereses, entró a valorar si favorecía al consumidor sobreseer la ejecución hipotecaria y remitir a las partes a un declarativo, o continuar la vía ejecutiva por considerar su terminación un perjuicio para aquel.

Para acordar la continuación del procedimiento hipotecario, el Supremo se basó en que, de acuerdo con el 693.3 LEC, el deudor puede enervar la ejecución hasta el día señalado para la celebración de la subasta, mediante la consignación de la cantidad exacta debida, incluso sin consentimiento del acreedor si se trata de la vivienda habitual<sup>298</sup>. En segundo lugar, argumentó que la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el artículo 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida

<sup>297</sup> Cfr. pto. 9 del fundamento de derecho octavo: «En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria ... y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al artículo 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016)».

<sup>298</sup> Como dice la sentencia: «un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario».

en el artículo 682.2.1.º LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

En sendos votos particulares, el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno argumentó que la continuación de la ejecución impide la efectividad del control de las cláusulas abusivas y, por otro lado, supone integrar el contrato con una disposición supletoria de Derecho nacional, como es el artículo 693.2 LEC. Señalaba el voto particular que se vulnera la doctrina sentada por la STJUE de 30 de abril de 2014 que solo autoriza que pueda operarse tal integración, afectante a un elemento esencial del contrato, cuando fuese necesaria para permitir la subsistencia de aquel en beneficio de los intereses del consumidor.

Pues bien, como señala el voto particular, el sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria y la remisión a un procedimiento declarativo no perjudica al consumidor, sino la ejecución porque a través de ella se pasa directamente a la agresión de su patrimonio<sup>299</sup>. El propio TJUE en Auto de 17 de marzo de 2016 llegó a la conclusión de que, sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el juez nacional, la anulación de una cláusula de vencimiento anticipado no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado<sup>300</sup>. Sin embargo, la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, se apoyó en que la nulidad del vencimiento anticipado provoca la obligación del consumidor de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, lo cual no deja de ser una paradoja<sup>301</sup>.

Por otro lado, no conviene olvidar que la STJUE de 30 de abril de 2014, que introdujo la salvedad a la prohibición de sustituir la cláusula abusiva por una norma de Derecho nacional supletoria, versaba sobre préstamo indexado en una divisa extranjera, cuya nulidad conllevaba la obligación de devolver la totalidad del préstamo, y no sobre una cláusula de vencimiento anticipado que precisamente contempla el efecto perjudicial que se quiere evitar derivado

---

<sup>299</sup> Además, sostiene que las ventajas del artículo 693 LEC podrían aplicarse en la ejecución subsiguiente al proceso declarativo, lo que había negado la STS de 23 de diciembre de 2015.

<sup>300</sup> TOL5.672.402 (Asunto C-613/15), pto. 39.

<sup>301</sup> Cfr. pto. 9 de fundamento de derecho 8.º de la sentencia. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista de Derecho Vlex*, 2020, p. 2, es particularmente crítico con este argumento al señalar «...en el caso del préstamo hipotecario, donde la nulidad del préstamo puede obligar al deudor a devolver todo de golpe, lo que produciría la suprema paradoja, de que la nulidad del vencimiento anticipado diera lugar a un fulminante vencimiento anticipado legal, cosa totalmente disuasoria para el deudor que, incluso cumpliendo con el préstamo y pagando religiosamente los plazos, tendría que devolver todo por haberse atrevido a reclamar...».

de la nulidad del contrato, esto es, la restitución de la totalidad de lo prestado, incluso de los plazos no vencidos<sup>302</sup>. Por tanto, en aquella sentencia se barajaban dos opciones, la nulidad del contrato con la correspondiente restitución de prestado, o la sustitución de la cláusula por una norma que preveía otro índice de referencia de variación del tipo de interés. En cambio, en nuestra materia se plantea la elección entre seguir sujeto al procedimiento de ejecución hipotecaria u optar por su sobreseimiento por causa de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado<sup>303</sup>.

### 5.2.1.3. Valoración crítica de la integración del contrato

Según la STJUE de 26 de marzo de 2019 el artículo 693.2 LEC, en la redacción dada por la reforma de 2013, según la cual podía exigirse el vencimiento anticipado por el impago de tres mensualidades, reemplazaría el equilibrio formal por un equilibrio real en los derechos y obligaciones de las partes; mientras que si se anulara el contrato con las consecuencias perjudiciales que acarrea al consumidor no se disuadiría al profesional de la utilización de las cláusulas abusivas<sup>304</sup>.

Algunos autores se muestran partidarios de integrar el contrato para que este no devenga ineficaz en perjuicio del consumidor, porque no se puede mantener la laguna y a la misma vez no declarar ineficaz el contrato, por lo que se plantean tan solo la interrogante de qué norma ha de integrar el contrato<sup>305</sup>. También se ha puesto de relieve que la STS de 11 de septiembre de 2019 explicita un argumento que subyace en todo este debate, y es que las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, por lo que descarta privar al acreedor del procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>306</sup>.

De modo matizado, se ha observado que, aunque no deja de ser loable la sustitución de la cláusula por la norma, tal doctrina va en contra de pronunciamientos anteriores del TJUE; y, lo más importante, no impide que el consumidor siga vinculado por la cláusula

<sup>302</sup> TOL4.629.653 (Asunto C-26/13).

<sup>303</sup> ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 3.

<sup>304</sup> Cfr. ptos. 53 a 59, en los que se remite a la STJUE de 30 de abril de 2014 (TOL4.629.653) (Asunto C-26/13) que, como sabemos, introdujo esa salvedad a la prohibición de integración.

<sup>305</sup> GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020; MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, pp. 1.390-1.391 y 1.396; ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, 2019, p. 10, y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020.

<sup>306</sup> FERNÁNDEZ-SEIJO, *Diario La Ley*, 2019-I, p. 11.

abusiva al simplemente sustituirse por el número de impagos previsto en el artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 que incrementó su número a tres, sin conseguirse el efecto disuasorio para los profesionales, quienes se verán tentados a continuar utilizándolas<sup>307</sup>. Ya en los votos particulares a las SSTs, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, se argumentó que la integración no disuade de la utilización de las cláusulas abusivas, puesto que si la cláusula es abusiva debe desvincularse al consumidor plenamente de ella, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13<sup>308</sup>.

Así, se advierte que sustituir la cláusula abusiva y permitir un segundo proceso de ejecución en base a los criterios del artículo 24 LCCI, como hace la STS de 11 de septiembre de 2019, vulnera la obligación de los Estados de aplicar toda medida tendente a erradicar las cláusulas nulas, elimina el efecto disuasorio de la nulidad como es su no aplicación, y vulnera la prohibición de integrar la cláusula abusiva. Además, resulta manifiesta la contradicción con el ATJUE de 11 de junio de 2015 que prohibió la ejecución hipotecaria con base en cláusulas que contemplaban el vencimiento anticipado por impago de una sola mensualidad, aunque se esperase al incumplimiento de tres plazos previsto en el artículo 693.2 LEC a partir de la Ley 1/2013<sup>309</sup>.

Aprecio que, si se hubiera remitido a la entidad bancaria a un proceso declarativo en aplicación del artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI, sí se hubiera conseguido el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13, porque realmente a quien perjudica tal opción es a la entidad bancaria y no al prestatario. Como vimos al tratar los efectos del artículo 1124 CC, su aplicación supondrá la restitución por parte del prestatario de la totalidad del capital pendiente de pago, y no solo de los plazos vencidos e impagados, por lo que en este punto sus consecuencias se asimilan a la aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado. No obstante, el artículo 1124 CC no permitirá la agresión el patrimonio del deudor con tanta agilidad como un procedimiento hipotecario, por lo que con su aplicación se hubiera disuadido al profesional del uso de la cláusula abusiva. Entiendo que el enfoque objetivo que se adopta para decidir si puede pervivir o no el contrato sin la cláusula (y al que acude la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019), no sigue operando una vez se ha decidido que

<sup>307</sup> ARIAS RODRÍGUEZ, *Act. Civil*, 2019, pp. 3 y 10.

<sup>308</sup> Así, concluyó que el artículo 693 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 puede utilizarse para valorar el carácter abusivo de una cláusula, pero no, para una vez apreciado, aplicarlo porque ello vulnera el principio de efectividad.

<sup>309</sup> ADÁN DOMENECH, *Diario la Ley*, 2019, p. 2.

debe integrarse, pues tal operación habrá de hacerse en beneficio del consumidor para conseguir el aludido efecto disuasorio. Podría estimarse que la sustitución de la cláusula abusiva por el artículo 24 LCCI, dada la gravedad del incumplimiento que contempla este precepto como activador del vencimiento anticipado, supone una integración en beneficio del consumidor<sup>310</sup>. Sin embargo, la remisión a un proceso declarativo en aplicación del artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI, hubiera sido un paso más en favor del consumidor con el consiguiente efecto disuasorio en la utilización de cláusulas abusivas.

A lo dicho se une que, en los casos en que el contrato no puede subsistir, la integración se realiza por el juez nacional sin conceder audiencia al consumidor, cuando aquella debe realizarse en beneficio del consumidor, no de la parte disponente, y la efectividad que persigue el artículo 6.1 de la Directa 93/13 requiere que decida el consumidor<sup>311</sup>.

Ciertamente, si la opción dada al consumidor fuera la de optar entre un procedimiento de ejecución con la cláusula abusiva, y otra ejecución con los criterios del artículo 24 LCCI, se decantaría por la última. Pero la cuestión es nuevamente por qué no se remitió a las partes a un proceso declarativo en que resolver el contrato de acuerdo con los criterios del artículo 24 LCCI. El TS descarta remitir a las partes a un declarativo en el cual aplicar el artículo 1124 CC por los mayores perjuicios que señala le provocaría al consumidor este precepto en relación con los beneficios de la ejecución hipotecaria. De esta manera, cabría pensar en las costas judiciales, que se podrían duplicar al ser necesario un procedimiento declarativo y un posterior ejecutivo, así como en unos mayores intereses de demora. En contra de esta perspectiva, el procedimiento declarativo es de suponer que retrasará el desahucio del prestatario, e incluso el artículo 1124 CC permite al juez otorgarle un nuevo plazo en atención a las circunstancias<sup>312</sup>. Por lo expuesto, no me resulta tan patente el

<sup>310</sup> Así lo estima GUILARTE GUTIÉRREZ, *RDBB*, 2020, p. 23.

<sup>311</sup> *Vid.* ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 2, sostiene que en todo caso debería darse audiencia al consumidor quien puede preferir la nulidad del contrato en vez de su integración. Argumenta el autor que «“el interés o la decisión del consumidor” a la hora de determinar la aceptación de la integración realizada por el juez nacional, en nuestro caso, la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria, resulta necesaria o determinante para la viabilidad de la protección dispensada por el juez nacional en beneficio exclusivo del consumidor».

<sup>312</sup> También prevén la concesión de plazo en caso de demora, el artículo 518-14 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, el artículo 8:106 de los PECL, y el artículo III 3:503 del DCFR. El artículo 1343-5 del Código Civil francés, que señala, después de la reforma de 2016, que «El juez podrá, teniendo en cuenta la situación del deudor y teniendo en cuenta las necesidades del acreedor, aplazar o escalar, dentro del límite de dos años, el pago de las sumas adeudadas». Apoyando el plazo adicional como piedra angular del sistema resolutorio, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2003,

mayor perjuicio al consumidor, que sí observo claramente para la entidad bancaria de ser aplicado el artículo 1124 CC en un proceso declarativo modulado con los criterios de gravedad del incumplimiento previstos en el artículo 24 LCCI.

Donde radica el mayor obstáculo a la remisión a un proceso declarativo ordinario con base en el artículo 1124 CC, es en una posible colisión del precepto con el Registro de la Propiedad dado que el embargo en que culmine el proceso declarativo, incluso por la totalidad de lo adeudado, no gozará de la prioridad registral de la que disponía la garantía real inscrita frente a posibles embargos intermedios<sup>313</sup>. En este particular, la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, en un proceso declarativo en el que se obtuvo la condena de la prestataria demandada, señaló que, aunque la entidad demandante es acreedora hipotecaria, y la hipoteca subsiste, ha optado por reclamar el cumplimiento del crédito en un procedimiento declarativo y va a obtener una sentencia de condena dineraria que, como tal, podrá ejecutarse conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria, de modo que esta sala, al no ser juez de la ejecución, no puede pronunciarse sobre la subasta de la finca hipotecada<sup>314</sup>.

Para conseguir el efecto disuasorio en la utilización de las cláusulas abusivas sin perjudicar la garantía hipotecaria, debería permitirse a la entidad bancaria ejecutar la hipoteca conforme a las disposiciones de la ejecución ordinaria conservando la prioridad registral, como ha contemplado la RDGRN de 23 de mayo de 2018. Resultará necesario, como señala esta resolución, que en la ejecución ordinaria se proceda al embargo y a la valoración de inmueble de acuerdo con los artículos 584 ss., y 637 ss. LEC. Y para que el acreedor hipotecario conserve la prioridad registral frente a embargos intermedios, los titulares de estos deberán conocer desde el principio que se está ejecutando una hipoteca inscrita con anterioridad<sup>315</sup>.

---

pp. 230-232. En cambio, la PMCCOC no contempla este plazo adicional a fijar por el juez (CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 7).

<sup>313</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, *RDDB*, 2020, p. 17, y MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.395.

<sup>314</sup> De ello derivó la sentencia que «Habrà de ser el acreedor quien, mediante la interposición de la correspondiente demanda ejecutiva, inicie un procedimiento en el que se decidan todas las peticiones que sobre la ejecución se susciten». Tampoco se pronunció sobre la subasta solicitada, la STS de 4 de mayo de 2022 (TOL8.932.924, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), dictada en un proceso declarativo en que la entidad acreedora obtuvo la declaración del vencimiento anticipado del préstamo en aplicación del artículo 1129 CC, no del clausulado contractual, por haber impagado los deudores 18 cuotas de un préstamo hipotecario de 25 años de duración.

<sup>315</sup> BOE, de 12 de junio de 2018. Argumenta la RDGRN de 23 de mayo de 2018: «Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma

Apoya la anterior solución el hecho de que en el declarativo la entidad bancaria habrá conseguido la resolución del contrato de préstamo hipotecario y, como sabemos, el vencimiento anticipado del contrato que hubiera activado la ejecución hipotecaria, no es sino una modalidad de resolución contractual, pues la resolución posee los mismos efectos que aquel vencimiento, al conllevar la restitución por parte del prestatario de la totalidad del capital pendiente de pago, y no solo de los plazos vencidos e impagados.

## 6. VALORACIÓN FINAL DE LA UTILIDAD DEL ARTÍCULO 1124 CC EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO

Como vimos, la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, ha acudido al artículo 24 LCCI, y no al artículo 1124 CC, para remediar la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, solución esta última que hemos defendido como la más conveniente para la protección del consumidor. Pero al margen de ello, continúa siendo relevante plantearse la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo.

En primer lugar, porque la jurisprudencia analizada se limita a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, sin alcanzar a los contratos de préstamo personales. En efecto, el TS ha resuelto que una eventual nulidad de la cláusula de vencimiento inserta en un préstamo personal, no impide su subsistencia, y ha limitado la condena a las cantidades adeudadas, a pesar de que estos contratos pueden ser también de larga duración<sup>316</sup>. Una alternativa pudiera haber sido la aplicación en un proceso declarativo del artículo 1124 CC, modulado con los criterios del artículo 10 de la LVBMP<sup>317</sup>. Pero esta opción no beneficia al consumidor frente a la condena limitada a los plazos vencidos e insatisfechos por la que se ha decantado el Supremo. En cualquier caso, es posible que un pres-

---

Resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario».

<sup>316</sup> Cfr. SSTS, de Pleno, de 12 de febrero de 2020 (TOL7.745.679, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) y 19 de febrero (TOL7.783.928, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), así como SSTS de 9 de junio de 2020 (TOL7.969.837, Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile) y 15 de noviembre de 2011 (TOL8.649.766, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), (*vid.* sobre ellas nota 292).

<sup>317</sup> *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020, quien es partidario de aplicar la LVBMP al considerar que un préstamo personal de larga duración (más de 6 años) tampoco puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado.

tamo personal sea de larga duración, y parece un poco desproporcionado resolver estos contratos por el impago de dos cuotas, por lo que podrían aplicarse los criterios del artículo 24 LCCI, norma que, además (como señalamos en el epígrafe 4.3 del capítulo anterior), se aplica a determinados préstamos personales.

Asimismo, cabe que el acreedor hipotecario no esgrima el vencimiento anticipado pactado, y reclame la totalidad de los plazos vencidos y los aún pendientes de vencer con fundamento en los artículos 1124 y 1129 CC, como ocurrió en el supuesto resuelto por la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021.

Por otro lado, ni siquiera para los préstamos sujetos a la LCCI, su artículo 24 ha derogado o modificado el artículo 1124 CC. Así, aun en aplicación del artículo 24 LCCI en el seno de una nueva ejecución hipotecaria que habilita la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, podría concederse un plazo adicional si el deudor demuestra que el incumplimiento fue causado por una imposibilidad sobrevenida no imputable a él, sobre todo si estamos ante préstamos garantizados con viviendas habituales<sup>318</sup>. Y en la concesión de este plazo debe tomarse en consideración el carácter preventivo, no represivo, que posee la resolución contractual<sup>319</sup>.

Por último, pueden no haberse previsto tales cláusulas en los contratos de préstamo celebrados entre particulares.

## VI. CONCLUSIONES

El artículo 1740 CC configura el contrato de mutuo como un contrato de naturaleza real al exigir para su perfección, no solo el consentimiento de las partes, sino asimismo la entrega de la cosa por el prestamista que, de acuerdo con este esquema legal, no formará parte de la fase de consumación contractual.

De dicho carácter real deriva la naturaleza unilateral del contrato de mutuo, en tanto que no generará obligaciones para el prestamista, sino solo para el prestatario, el cual habrá de devolver la cantidad recibida y, en su caso, pagar los intereses pactados.

No obstante, al amparo de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), cabe construir un préstamo de tipo consensual, que obligue al prestamista a la entrega de la cosa y legitime al prestatario a exigir el cumplimiento de dicha obligación; naturaleza con-

<sup>318</sup> *Vid.* RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 502 y 528. Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.223, debe excluirse si el incumplimiento es intencional.

<sup>319</sup> MONTES PENADÉS, 1989, pp. 1.187-1.189.

sensual que, por otro lado, se ha impuesto en la práctica bancaria y en las leyes especiales.

Por ello, el acuerdo de entregar en concepto de préstamo sin que medie la entrega no es simplemente un precontrato o promesa de un contrato de mutuo real, sino un verdadero contrato de mutuo consensual.

La admisión del mutuo consensual no debería limitarse al de tipo oneroso, pues igualmente el gratuito será obligatorio siempre que adopte la forma escrita prevista en el artículo 632 CC para las donaciones de bienes muebles sin entrega simultánea.

Al nacer del mutuo consensual obligaciones bilaterales -la de entrega del capital y su posterior devolución- el incumplimiento del prestatario permitirá la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 1124 CC, porque la obligación de entrega del prestamista tiene su razón de ser en la correlativa de devolución del prestatario, sin la cual existiría otra causa contractual, esto es, una liberalidad.

Tradicionalmente se ha negado la aplicación del artículo 1124 CC al mutuo de naturaleza real por su carácter unilateral, pero debe admitirse la resolución de este tipo de contratos, incluso gratuitos. Aunque la *datio rei* del prestamista constituya un requisito para la perfección de esta modalidad contractual y, por ello, se verifique en tal momento, no aparece aislada, sino en el marco de un contrato de préstamo generador de la confianza de su devolución por el prestatario.

En este sentido, el artículo 1124 CC no exige que todas las prestaciones derivadas del contrato se encuentren sin cumplir en el momento de su celebración, por lo que puede aplicarse cuando concurra una relación de reciprocidad entre prestaciones prometidas o realizadas, lo que dará cabida a la entrega del capital por el prestamista, simultánea a la perfección contractual.

Además, existe reciprocidad entre la obligación de pago de intereses que corresponde al prestatario y el aplazamiento concedido por el prestamista, quien a cambio de aquellos habrá de abstenerse de reclamar lo prestado hasta el término pactado.

Rechazar la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo, en aquellos casos en que no se hubiera pactado una cláusula de vencimiento anticipado o esta resultara nula, supondría privar al prestamista de un precepto tan justo como este, que arroja el equitativo resultado de permitirle, ante incumplimientos relevantes del prestatario, desvincularse de los plazos de devolución concedidos, sin verse limitado a reclamar paulatinamente las cuotas vencidas o esperar al vencimiento de todas para una íntegra reclamación.

La gravedad del incumplimiento contemplado en el artículo 1124 CC, para los casos de préstamos hipotecarios y préstamos personales de larga duración a devolver en varios plazos, debe valorarse atendiendo a los criterios del artículo 24 LCCI.

Los parámetros del artículo 24 LCCI son más respetuosos con la jurisprudencia del TJUE que el artículo 693.1 LEC, el cual permite el vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario por el impago de tres plazos mensuales; y en cuanto a los préstamos personales de larga duración, resulta desproporcionado su resolución por el impago de dos plazos (art. 10 LVBMP).

Por lo anterior, es necesario dictar una norma para determinar con carácter general la gravedad del incumplimiento que permita resolver los contratos de préstamo de larga duración.

Si se tratase de un préstamo a devolver en un único plazo, el contrato no podrá resolverse por un retraso leve que no frustre su finalidad. El retraso justificará la resolución contractual si se debe a una negativa o pasividad del deudor que revele su voluntad obstaculista o desinterés por cumplir, o cuando la tardanza ha sido lo suficientemente larga para resultar inexigible una mayor espera al prestamista. En la apreciación del incumplimiento resolutorio de estos contratos debe tenerse en cuenta que las consecuencias de la resolución no son tan graves para el prestatario pues, al tratarse de un préstamo a restituir en único plazo, ya habrá vencido el plazo de devolución del total prestado.

El Tribunal Supremo considera que la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos hipotecarios impide que el contrato pueda subsistir, y su anulación y la remisión a las partes a un proceso declarativo perjudica a los intereses del prestatario, por lo que sustituye la cláusula por los criterios del artículo 24 de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Estimo que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, porque esta no constituye un elemento esencial de aquel. El problema es más bien de índole procesal, pues el acreedor dispondría de otras vías diferentes a la ejecución hipotecaria para conseguir la restitución de lo prestado, como aplicar el artículo 1124 CC en un proceso declarativo.

Al margen de lo anterior, considero que no perjudica al consumidor la anulación del contrato de préstamo hipotecario y la remisión a las partes a un proceso declarativo, pues la ejecución hipotecaria agrede directamente el patrimonio del deudor, mientras que el artículo 1124 CC retrasará el desahucio del prestatario y permitirá al juez otorgarle un plazo de gracia por causas justificadas.

Además, sustituir la cláusula abusiva y permitir un segundo proceso de ejecución hipotecaria en base a los criterios del artículo 24 LCCI, no disuade a los profesionales de la utilización de las cláusulas abusivas. Se conseguiría el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13 si se remitiese a la entidad bancaria a un proceso declarativo en aplicación del artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI, porque realmente a quien perjudica tal opción es al prestamista, no al prestatario.

Ahora bien, el embargo en que culmine el proceso declarativo podría no gozar de la prioridad registral que poseía el derecho real de hipoteca frente a posibles embargos intermedios. Para conseguir el efecto disuasorio en la utilización de las cláusulas abusivas sin perjudicar la garantía hipotecaria, debería permitirse la ejecución de la hipoteca conforme a las disposiciones de la ejecución ordinaria conservando su prioridad registral.

Aunque el Tribunal Supremo haya solventado el problema de la nulidad de las cláusulas abusivas recurriendo al artículo 24 LCCI, y no al artículo 1124 CC, este precepto continúa siendo relevante pues esta doctrina jurisprudencial se limita a los contratos de préstamo hipotecario, sin alcanzar a los contratos de préstamo personales. Para el Supremo, estos últimos pueden subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, y limita la condena del prestatario al pago de las cantidades adeudadas. Sin embargo, como estos contratos también pueden ser de larga duración, hubiera resultado más conveniente para conseguir el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13 aplicar el artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI.

Por último, el interés del artículo 1124 CC se pone de manifiesto incluso en el vencimiento anticipado de los préstamos sujetos a la LCCI, pues su artículo 24 no lo ha derogado ni modificado, y el vencimiento anticipado no deja de ser una modalidad de resolución contractual. Por ello, en una ejecución hipotecaria iniciada al amparo del artículo 24 LCCI también podría concederse un plazo adicional si el deudor demuestra que el incumplimiento fue causado por una imposibilidad sobrevenida no imputable.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, Frederic: «La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces», *Diario la Ley*, núm. 9498, 2019.  
— *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE*, Barcelona, 2020.  
ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, II, 14.<sup>a</sup> Edic., Madrid, 2011.

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes: «Los pilares de un préstamo responsable en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Ley 5/2019, 15 de marzo): la transparencia del prestamista y la evaluación de la solvencia del prestatario», *RCDI*, 2020, pp. 2.155 a 2.188.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas», *Diario La Ley*, núm. 9439, 2019.
- «Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario», en *Los contratos de préstamo inmobiliario. Actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Coord. Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera, Madrid, 2020, pp. 68-183.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Derecho Bancario», en *Manual Breve de Derecho Mercantil*, Coord. Paz-Ares Rodríguez, [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3006/14190\\_2RJ280.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3006/14190_2RJ280.pdf?sequence=1) (consultado en octubre de 2021).
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, Y VEIGA COPO, Abel: «Contratos de financiación», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, IV, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 4.467-4.600.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo, Bercovitz, y Salvador Coderch, II, Madrid, 1991, pp. 96-100.
- *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.ª Edic., Granada, 2003.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Vencimiento anticipado: Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019», *AC*, núm. 5, 2019.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Valencia, 2016.
- *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid, 2018.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «La libertad contractual y sus límites», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, I, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 141-190.
- «Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización», en *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Coord. Ataz López y García Pérez, Madrid, 2019.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Distribución de gastos en la hipoteca y comisión de apertura. Comentario y resumen de la STJUE de 16 julio 2020», *Revista de Derecho Vlex*, núm. 195, 2020.
- BASOZÁBAL ARRÚE, Xavier: *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, 2004.
- «Comentario a los artículos 1740 a 1757 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Domínguez Luelmo, Valladolid, 2010, pp. 1.883-1.902.
- BATALLER RUIZ, Enric: «Comentario a los artículos 1740 y 1753 a 1757 CC», en *Código Civil comentado*, Dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, y Valpuesta Fernández, IV, Navarra, 2011, pp. 856-860 y 887-890.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley del Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto?», *Diario La Ley*, núm. 9404, 2019.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: *Bankvertragsrecht*, 2.ª Edic., Berlin-New York, 1982.

- CAPITANT, Henri: *De la causa de las obligaciones*, (Traducción y notas de Eugenio Tarragato y Contreras), Granada, 2019.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles», *InDret*, núm. 1, 2019.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «¿Qué sentido tiene resolver un préstamo hipotecario por incumplimiento del prestatario?», *Gómez-Acebo & Pombo, Análisis*, 2018. <https://www.ga-p.com/publicaciones/que-sentido-tiene-resolver-un-prestamo-por-incumplimiento-del-prestatario/> (consultado en junio de 2021).
- CARRESI, Franco: «Il comodato. Il mutuo», en *Tratato di diritto civile*, Dir. Vassalli, VIII-2.º, fasc. 6, Torino, 1957, pp. 84-145.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, III, 14.ª Edic., Madrid, 1986.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992.
- «Comentario al artículo 1124 CC», en *Código Civil comentado*, Dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, y Valpuesta Fernández, III, Navarra, 2011-I, pp. 229-239.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *BMJ* núm. 2131, 2011-II, pp. 1-16.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Comentario a los artículos 1740 a 1757 CC», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo, Bercovitz, y Salvador Coderch, II, Madrid, 1991, pp. 1.600-1.633.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «La promesa de contrato», *ADC*, 1950, pp. 1.133-1.186.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: «En torno al concepto de la causa de los contratos», en *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pp. 527-606.
- DELL'AQUILA, Enrico: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo del Prof. José Luis de los Mozos, Salamanca, 1981.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Comentario al artículo 1753 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, VIII, Valencia, 2013, pp. 11.980-11.989.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Artículo 3. Contratos excluidos», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Dir. Marín López, Navarra, 2014, pp. 136-205.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El concepto de causa en el negocio jurídico», *ADC*, 1963, pp. 1-32.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.ª Edic., Navarra, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, IV, Navarra, 2010.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, II-1, 14.ª Edic., Madrid, 2016.
- *Sistema de Derecho civil*, II-2, 12.ª Edic., Madrid, 2018.
- ENNECERUS, Ludwig, y LEHMANN, Henrich: «Derecho de obligaciones», en *Tratado de Derecho Civil*, II-1.º, traducción de la 35.ª Edic. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 2.ª Edic., Barcelona, 1954.
- «Derecho de obligaciones», en *Tratado de Derecho Civil*, II-2.º, primera parte, traducción de la 15.ª Edic. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 3.ª Edic., Barcelona, 1966.

- FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos; FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, Carlos, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, José Fernando: *El contrato de préstamo y crédito. Jurisprudencia y doctrina española, I, Préstamo*, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ-SEIJO, José María: «La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica», *Diario La Ley*, núm. 9493, 2019-I.
- «Los contextos de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo», *Almacén de Derecho*, 2019-II. <https://almacendederecho.org/los-contextos-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-del-prestamo> (consultado en noviembre de 2021).
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852.
- GARRIGUES, Joaquín: *Contratos bancarios*, 2.ª Edic., Madrid, 1975.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, número 4, 2020.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, y ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia: «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», *ADC*, 2020, pp. 7-100.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, VI, Valencia, 2013, pp. 8.213-8.261.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Los contratos de préstamo», en *Curso de Derecho Civil*, Coord. Sánchez Calero, II, 7.ª Edic., Valencia, 2014, pp. 357-373.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro; MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel; PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ, Jaime, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: «Contratos de mutuo y comodato», en *Tratado de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 2003, pp. 267-287.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Contrato de préstamo mercantil», en *Contratos mercantiles*, Dir. De la Cuesta Rute, II, 2.ª Edic., Barcelona, 2009, pp. 1.195-1.224.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria (reflexiones tras la STS de 11 de septiembre de 2019)», *RDBB*, núm. 157, 2020, pp. 1-33.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019», *RCDI*, 2020, pp. 589 a 621.
- JORDANO BAREA, Juan B.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, II-1, 5.ª Edic., Madrid, 2011.
- *Elementos de Derecho civil*, II-2, 5.ª Edic., Madrid, 2013.
- LARENZ, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-1, 13.ª Edic., München, 1986.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, III, 18.ª Edic., Madrid, 2016.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, VIII-1, 6.ª Edic., Madrid, 1967, pp. 406-436.
- «Comentario a los artículos 1740, 1753 a 1755 CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, XI, 6.ª Edic., Madrid, 1972, pp. 796-804, y 839-889.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, I, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 597-744.

- MARÍN PÉREZ, Pascual: «Comentario a los artículos 1740 a 1757 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo García, XXII-1, Madrid, 1982, pp. 19-161.
- MONTES PENADÉS, Vicente: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. M. Albaladejo García, XV-1, Madrid, 1989, pp. 1.171-11.255.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «Contratos de garantía», en *Tratado de Contratos*, en Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, IV, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 4.811-5.017.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Navarra, 2006.
- MORO LEDESMA, Sebastián: «El precontrato», *RCDI*, 1934, pp. 481-494.
- MÜLBERT, Peter: «Das verzinsliche Darlehen», *Archiv für die civilistische Praxis*, 192. Bd., H. 6, 1992, pp. 449-515.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios», *RCDI*, 2020, pp. 1386-1404.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Navarra, 2013.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: «Dudas de validez de la STS de cláusulas de vencimiento anticipado. Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre», *Aranzadi digital*, núm. 1, 2020.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado», *Almacén de Derecho*, 2019. <https://almacenederecho.org/en-materia-de-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas> (consultado en junio de 2021).
- «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III)», *Almacén de Derecho*, 2020. <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-deabusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-iii> (consultado en junio de 2021).
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: «Comentario al artículo 1740 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, VIII, Valencia, 2013, pp. 11.891-11.898.
- PETIT LAVALL, María Victoria: «Contratación bancaria», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, V, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 5.829-5.899.
- POTHIER, Robert Joseph: *Tratado de obligaciones*, I, traducido al español con notas de *Derecho Patrio*, Barcelona, 1859.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, 2.ª Edic., Barcelona, 1982.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «La ineficacia contractual», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, I, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 1.361-1.588.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi: «La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios», *RCDI*, 2020, pp. 530-543.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Exégesis del artículo 24 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario (LCCI)», en *Los contratos de préstamo inmobiliario: actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Coord. Albiez Dohrmann, y Moreno-Torres Herrera, Madrid, 2020, pp. 477-530.
- SABATER BAYLE, Elsa: «El pacto de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios para adquisición de inmuebles», en *Delendus est Leviathan. Liber Amicorum Profesor José María de la Cuesta Rute*, Coord. González

- Vázquez, Pablo-Romero Gil-Delgado, De los Ríos Sánchez, y Valpuesta Gastaminza, Madrid, 2020, pp. 601-617.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y 3 de julio de 2019», *RCDI*, 2019, pp. 2.077 a 2.091.
- SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Libro IV, Parte F», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Coord. Jerez Delgado, Madrid, 2015, pp. 275-278.
- YSÁS SOLANES, María: «Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés», *RCDI*, 1993, pp. 1.365-1.390.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018 (432/2018). Aplicación al contrato de mutuo o simple préstamo de la facultad resolutoria por incumplimiento del prestatario», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2018, núm. 10, pp. 277-284.
- «Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado», *RDC*, 2021, núm. 2, pp. 211-270.

# La transacción sobre la cláusula suelo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo \*

**JOSÉ MARÍA MARTÍN FABA**  
Profesor ayudante de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Este trabajo analiza la jurisprudencia que enjuicia las transacciones sobre las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios formalizados entre bancos y consumidores, y trata de proponer argumentos y soluciones distintas a las suministradas por dicha jurisprudencia.*

## PALABRAS CLAVE

*Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Novación. Transacción.*

# The transaction on the floor clause in the jurisprudence of the Supreme Court

## ABSTRACT

*This paper analyzes the jurisprudence that deals with transactions on the floor clauses of mortgage loans formalized between banks and consumers and tries to propose arguments and solutions different from those provided by the jurisprudence.*

---

\* El trabajo se ha cerrado el 1 de julio de 2022.

**KEYWORDS**

*Mortgage loan. Floor clause. Novation. Transaction.*

**SUMARIO:** 1. Introducción: la falta de transparencia no es una certeza.–2. Principales características de las transacciones sobre las cláusulas suelo.–3. La primera postura de la jurisprudencia civil.–4. Un cambio de criterio.–5. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 5.1 La STJUE de 9 de julio 2020. 5.2 Eficacia propagadora de la nulidad. 5.3 Negociación en la transacción. 5.4 Transparencia de la novación. 5.5 La renuncia al ejercicio de acciones.–6. La influencia de la doctrina comunitaria en la jurisprudencia civil más reciente.–7. Comentarios a la jurisprudencia emergente. 7.1 ¿Transacción negociada? 7.2 Requisitos de transparencia de la novación. 7.2.1 Prolegómenos. 7.2.2 La STS de 9 de mayo de 2013. 7.2.3 Transparencia y expresión manuscrita. 7.2.4 La evolución pasada y futura del índice de referencia. 7.2.5 Exigencias de transparencia cuando la novación no consiste propiamente en reducir una cláusula suelo. 7.2.6 Conclusión parcial. 7.3 Sobre la cláusula de renuncia. 7.3.1 Interpretación o transacción sin causa onerosa. 7.3.2 Sobre la transparencia de la renuncia que se ciñe al *caput controversum*. 7.3.3 La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia.–8. Novación de tipo de interés y responsabilidad hipotecaria.–9. Conclusiones.–Bibliografía.–Sentencias, autos y resoluciones.

## **1. INTRODUCCIÓN: LA FALTA DE TRANSPARENCIA NO ES UNA CERTEZA**

Es sabido que, en España, muchos préstamos hipotecarios se remuneraban a un tipo de interés variable, y que además contienen cláusulas suelo, las cuales limitan una eventual bajada de dicho tipo de interés. También es sabido que la STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo, declaró por primera vez nulas, por falta de transparencia, determinadas cláusulas suelo de contratos de préstamos hipotecarios en los que prestatarios eran consumidores<sup>1</sup>.

Según una jurisprudencia posterior ya consolidada, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en

<sup>1</sup> P. Rafael Gimeno Bayón Cobos.

adelante, Directiva 93/13/CEE), y los artículos 60.1 y 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), exigen que las cláusulas no negociadas que regulen los elementos esenciales de los contratos concertados con consumidores cumplan con el requisito de la transparencia, como parámetro abstracto de validez de dichas cláusulas<sup>2</sup>. De los preceptos mencionados se deduciría una exigencia de transparencia para las cláusulas no negociadas que regulen elementos esenciales del contrato de grado superior a la exigencia de transparencia «formal» que se deduce de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), necesaria para que cualquier condición general de la contratación pueda superar el control de incorporación<sup>3</sup>. A través del control de incorporación se trataría de ratificar que la adhesión se ha realizado con la seguridad suficiente, de forma que las cláusulas no negociadas puedan ser conocidas por el adherente. La meta del control de incorporación es que el predisponente facilite al adherente el clausulado predispuesto, antes o en el momento de celebración del contrato, en un formato accesible y que permita ser observado *ex post*<sup>4</sup>. Es decir, con el control de incorporación se trata de fomentar que el adherente pueda acceder al clausulado no negociado<sup>5</sup>. En principio, una cláusula quedará válidamente incorporada al contrato cuando se incluya en la escritura pública y sea leída por el notario, y su redacción permita una comprensión gramatical usual<sup>6</sup>. Pero el control de incorporación no tendría la finalidad de comprobar si el adherente ha entendido realmente el significado de dichas cláusulas, pues esto tiene que ver más bien con el control de transparencia<sup>7</sup>.

Puede tener sentido que la exigencia de transparencia cualificada recaiga sobre aquellos aspectos que para el adherente puedan ser determinantes, como los que sirven para la descripción, determinación o posible alteración de los elementos esenciales del contrato. La atención del adherente se centra en las estipulaciones que regulan los elementos esenciales del contrato, que definen la prestación y la contraprestación, pero no en las cláusulas accesorias o en la zona periférica del contrato, que no pueden considerarse verdaderamente conocidas por el adherente, pues este no fija su aten-

<sup>2</sup> Por todas, STS 467/2022, 6 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>3</sup> STS 449/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 442.

<sup>5</sup> PAZOS CASTRO, *RDC*, 2018.

<sup>6</sup> SSTS 207/2022, 15 de marzo, P. Antonio García Martínez; 405/2021, 15 de junio, P. Pedro José Vela Torres; 560/2020, 26 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile; entre otras.

<sup>7</sup> STS 195/2021, 12 de abril, P. José Luis Seoane Spiegelberg.

ción en estos aspectos a la hora de contratar, lo que es considerado como una conducta racional y eficiente desde el punto de vista económico<sup>8</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha extendido el control de transparencia, que inició con las cláusulas suelo, a otras cláusulas no negociadas que regulan elementos esenciales del contrato<sup>9</sup>. Pero la determinación de si una cláusula no negociada regula un elemento esencial del contrato o, en cambio, contiene una regla para su determinación, es una cuestión compleja, como demuestra la doctrina<sup>10</sup> y la jurisprudencia<sup>11</sup>. El control de transparencia tendría por objeto que el adherente, a través de la información proporcionada por el empresario antes de la celebración del contrato, «pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo»<sup>12</sup>. De esta forma, el consumidor

<sup>8</sup> ÁLFARO ÁGUILA-REAL, 1993, p. 138 ss. y 2002, p. 132; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 436 y 2000, p. 187. Según MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 913, la transparencia, al tiempo de contratar, es importante respecto a las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, pues estas son el término de comparación para que el adherente pueda elegir entre las diversas ofertas y, en definitiva, suponen un factor de decisión del cliente.

<sup>9</sup> Multidivisa (STS 158/2019, 14 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena); fórmula de cálculo de los intereses remuneratorios (STS 360/2021, 25 de mayo, P. Pedro José Vela Torres); índice de referencia IRPH (STS 85/2020, 6 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena); comisión de apertura (STS 44/2019, 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena); honorarios abogado (STS 121/2020, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres); interés remuneratorio de una tarjeta de crédito «revolving» (STS 149/2020, 4 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena); sistema de amortización e interés remuneratorio de una hipoteca denominada «tranquilidad» (STS 564/2020, 27 de octubre, P. Pedro José Vela Torres); novación de una cláusula suelo y correlativa renuncia de acciones (STS 275/2022, 30 de marzo, p.; Rafael Saraza Jimena); entre otras.

<sup>10</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 920-924 y CARRASCO PERERA, 2007, pp. 169-170.

<sup>11</sup> La STS 44/2019, 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena, considera que la cláusula que establece una comisión de apertura supone un elemento esencial del contrato, porque forma parte del precio junto al interés remuneratorio. En cambio, la STJUE 16 julio 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, sostiene que la cláusula que establece la comisión de apertura no supone un elemento esencial por el hecho de ser parte del precio del crédito. Ante la divergencia de posiciones, el TS ha planteado al TJUE una cuestión prejudicial (ATS 10 septiembre 2021, P. Pedro José Vela Torres).

<sup>12</sup> SSTs 361/2018, 15 de junio, P. Francisco Javier Orduña Moreno; 511/2020, 6 de octubre, P. Pedro José Vela Torres; 784/2021, 15 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 299/2022, 7 de abril, P. María de los Angeles Parra Lucán; entre otras muchas. Ideas que han sido asumidas por la jurisprudencia del TJUE: SSTJUE 30 abril 2014, asunto C-26/13; 26 febrero 2015, asunto C-143/13; 23 abril 2015, asunto C-96/14; 21 diciembre 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; 20 septiembre 2017, asunto C-186/16; 3 octubre 2019, asunto C-621/17; 3 marzo 2020, asunto C-125/18; 9 julio 2020, asunto C-452/18; entre otras. De esta jurisprudencia se desprende que la exigencia de transparencia no solo supone que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible en el plano gramatical, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

puede comparar ofertas de forma adecuada y determinar cuál es la más conveniente para sus intereses y, en definitiva, adoptar la decisión de contratar<sup>13</sup>.

Interesa poner de manifiesto, en aras a cumplir con el objetivo de este trabajo, que la jurisprudencia nos demuestra que el análisis de la transparencia de la cláusula suelo no depende de unas circunstancias objetivas que pueden ser valoradas en abstracto<sup>14</sup>, al contrario de lo que sucede con el control de contenido de otras cláusulas, como la de vencimiento anticipado<sup>15</sup>. Más bien, el control de transparencia de la cláusula suelo depende de una valoración de las circunstancias individuales concurrentes en cada caso<sup>16</sup> y, por consiguiente, no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, sino que pueden tenerse en consideración «otros medios» a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de transparencia<sup>17</sup>. En efecto, «no existen medios tasados para obtener

<sup>13</sup> Por todas, STS 469/2022, de 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg. Ahora bien, según la STS 101/2020, 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres, cuando el control de transparencia recae sobre un contrato de fianza gratuita, la finalidad de dicha información no es tanto permitir comparar ofertas (pues en la fianza gratuita no hay prestación corresponsiva a cargo del acreedor), sino permitir al fiador conocer el alcance del riesgo asumido.

<sup>14</sup> No obstante, según MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, 2019, p. 386, el control de transparencia atiende a criterios objetivos, pues para apreciar la ausencia de dicha transparencia basta con acreditar el defecto de información y utilizar como parámetro para determinar la comprensibilidad real a «un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». Asimismo, MARTÍNEZ ESPÍN, 2020, entiende que el fundamento del control de transparencia es el incumplimiento de los deberes de información del predisponente, de manera que no es necesario descender a comprobar el grado de comprensión de cada consumidor involucrado. Es cierto que de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el empresario debe formular las cláusulas no negociadas considerando el patrón del consumidor medio (STJUE 3 marzo 2020, asunto C-125/18, entre muchas otras). Como afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, «iría en contra de las funciones económicas que la predisposición de las cláusulas cumple en el mercado y la disminución de costes que su utilización implica, pretender una redacción que fuese comprensible para cada uno de los posibles clientes en función de sus propias circunstancias». Pero ello no supone, como afirma la autora citada, que deba procederse a una valoración en abstracto de la transparencia, prescindiendo de su aplicación en un determinado contrato. Más bien, se trata de examinar la transparencia en un conflicto particular, por lo que «habrá de tenerse en cuenta el concreto contexto y el horizonte de conocimiento del consumidor».

<sup>15</sup> El juicio sobre el carácter abusivo de esta cláusula atiende exclusivamente al documento en el cual está inserta. Da igual el concreto perfil del cliente, y tampoco importa el número de cuotas que haya impagado el deudor, pues la cláusula de vencimiento anticipado se considera abusiva en abstracto [cfr. STJUE 26 enero 2017, asunto C-421/14 y STS (Pleno) 105/2020, 19 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras]. Con todo, sobre la relatividad del concepto de cláusula abusiva, cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 956-964.

<sup>16</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *CCJC*, 2021. En efecto, la transparencia debe referirse al grado de conocimiento real, y no a un grado de comprensibilidad abstracta, en contra de lo que sostiene la SJMER de Palma de Mallorca, de 17 marzo 2015. No obstante, como explicaré posteriormente, la conclusión es distinta si el control de transparencia de una cláusula particular se practica en un litigio dimanante de una acción colectiva. En ese caso, no pueden tomarse en consideración las circunstancias individuales de cada supuesto, sino únicamente aquellas circunstancias objetivas que estén presentes en los contratos del mismo tipo que contengan dicha cláusula (STJUE 14 abril 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14).

<sup>17</sup> STS 171/2017, 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo.

el resultado de la transparencia material»<sup>18</sup>, y el adecuado conocimiento de la cláusula es un resultado «susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios»<sup>19</sup>. Por tanto, importa mucho el perfil del consumidor. Así, se ha considerado transparente la cláusula suelo incluida en una escritura de subrogación de préstamo hipotecario porque el prestatario era el director de una oficina de la misma entidad bancaria que se subrogaba en el contrato de préstamo, a pesar de no costar acreditado que a través de la información precontractual se suministrara a dicho prestatario información sobre la referida cláusula<sup>20</sup>. Asimismo, se ha declarado transparente una cláusula suelo de un préstamo hipotecario porque uno de los prestatarios era un abogado especialista en asuntos bancarios, especialmente relacionados con cláusulas suelo (STS 581/2022, 26 julio, P. Ignacio Sancho Gargallo). Con lo dicho anteriormente solo intento poner de manifiesto que no todas las cláusulas suelo pecan de falta de transparencia, como además prueban los repertorios de jurisprudencia civil, donde podemos encontrar numerosas sentencias que consideran transparentes determinadas cláusulas suelo (y también negociadas)<sup>21</sup>. Aun así, las cláusulas suelo han sido prohibidas *ex lege* en operaciones con tipo de interés variable en las que el prestamista es un profesional y el prestatario una persona física, aunque este último no ostente la condición de consumidor<sup>22</sup>. Por con-

<sup>18</sup> STS 509/2020, 6 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>19</sup> STS 162/2021, 23 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres.

<sup>20</sup> En la STS 487/2022, 16 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo, se sostiene que la actividad profesional del director de oficina era promover la contratación de préstamos hipotecarios con clientes de la entidad, que solían incluir cláusulas suelo, razón por la que tenía un conocimiento de cómo funcionaba este límite inferior a la variabilidad del tipo de interés y por la que quedaba justificado que recibiera una información menor. En cambio, en el caso conocido por la STS 642/2017, 24 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo, se consideró la cláusula suelo transparente, pues a pesar de ser el prestatario un empleado de banca, su actividad profesional no guardaba relación con la contratación de préstamos hipotecarios con interés variable y cláusula suelo. El prestatario era gestor operativo en actividades ajenas a la concesión y contabilización de créditos hipotecarios y la entidad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios. Por ello, se considera que no está justificado que la información que tenía que recibir el prestatario fuera menor.

<sup>21</sup> SSTs 654/2017, 1 de diciembre, P. Francisco Javier Orduña Moreno; 673/2018, 29 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 247/2019, 6 de mayo, P. Francisco Javier Orduña Moreno; 605/2019, 26 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 334/2020, 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena; 534/2020, 15 de octubre, P. Rafael Saraza Jimena; 68/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile; 740/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 742/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 297/2022, 7 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán; 366/2022, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile y STS 468/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg; entre otras. En la doctrina, cfr. AGÜERO ORTIZ, *Revista CESCO*, 2017, pp. 171-179 y *Revista CESCO*, 2020, pp. 90-103; DEL SAZ DOMÍNGUEZ, *Blog CESCO*, 2019; MARTÍNEZ ESPÍN, *Revista CESCO*, 2021, pp. 90-100 y MARTÍNEZ GÓMEZ, *Blog CESCO*, 2021.

<sup>22</sup> Artículos 2 y 21.3 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI). Sobre el ámbito subjetivo de la LCCI, cfr. AGÜERO ORTIZ, 2019, pp. 105-173 y TENZA LLORENTE, 2022. Según GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 458, la enorme litigiosidad sobre las cláusulas suelo puede explicar la prohibición de dichas cláusulas.

siguiente, si en la actualidad el empresario incluye una cláusula suelo en un préstamo a interés variable concedido a una persona física, garantizado con hipoteca sobre un inmueble de usos residencial, la cláusula sería nula por contravenir una norma imperativa (art. 6.3 CC), y no por falta de transparencia, que es cosa distinta<sup>23</sup>.

Es importante señalar que el presente trabajo solo se refiere a cláusulas suelo dispuestas en préstamos hipotecarios concedidos por entidades bancarias<sup>24</sup> a consumidores<sup>25</sup>. Según una jurisprudencia reiterada, el control de transparencia y abusividad está reservado a cláusulas no negociadas de contratos celebrados entre empresarios y consumidores, mientras que en los contratos en los que los adherentes no tienen la condición de consumidor solo procede el control de incorporación<sup>26</sup>. La jurisprudencia también ha razonado que dichos empresarios pueden apoyar la nulidad de las cláusulas predispuestas no solo en el control de incorporación, sino también en el principio de buena fe contractual (arts. 1258 CC y 57 CCom.), siempre que dichas cláusulas modifiquen subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse legítimamente como «pactado». Es decir, frente a cláusulas sorprendentes que supongan la frustración de las legítimas expectativas del adherente. Adherente empresario que tendría que probar la inexistencia o insuficiencia de la información y cuáles son sus circunstancias personales que pudieron haber incidido en su expectativa legítima sobre la inexistencia de un límite mínimo a la variación del tipo de interés<sup>27</sup>. Esto último, unido a la diligencia exigible al empresario en el conocimiento de tal cláusula, tiene como consecuencia que en la práctica el principio de buena fe contractual no suponga un estándar de protección cualificado para el empresario

<sup>23</sup> Y, por tanto, no regirán las distintas doctrinas del TJUE que emanan de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Por ejemplo, si la cláusula es nula por contravenir una norma imperativa, no rige la prohibición de integración del contrato con una norma nacional supletoria. Aquí cabría este procedimiento: si una cláusula de vencimiento anticipado contraviene el artículo 24 LCCI, se aplicará dicho artículo 24 LCCI. Cfr. CARRASCO PERERA, 2019 (a).

<sup>24</sup> Que ostentan la condición de empresarios, en el sentido del artículo 4 TRLGDCU. Y, además, supervisadas por el Banco de España, según el artículo 1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. En efecto, las cláusulas suelo analizadas en este trabajo han sido principalmente impuestas por Ibercaja Banco, Liberbank, Caja Rural de Navarra y Caja Rural de Granada. Por tanto, quedan fuera del objeto de este trabajo los supuestos de cláusulas suelo dispuestas en contratos suscritos entre entidades financieras no supervisadas por el Banco de España y consumidores, las cuales, debido a la ausencia de supervisión, pueden abusar aún más de su posición.

<sup>25</sup> Consumidores en el sentido del artículo 3 TRLGDCU. Sobre el concepto de consumidor en la jurisprudencia española y europea, cfr., por todos, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2021.

<sup>26</sup> Por todas, STS 218/2021, 20 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>27</sup> SSTS (Pleno) 367/2016, 3 de junio; 30/2017, 18 de enero; 57/2017, 30 de enero y 218/2020, 4 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

adherente. En efecto, la jurisprudencia nunca ha llegado a declarar nula por esta vía una cláusula suelo en contratos con adherentes empresarios<sup>28</sup>. Por lo tanto, puede afirmarse que las condiciones generales de contratos en los que el adherente no es consumidor tienen, en cuanto al control de su contenido, el mismo régimen que las cláusulas negociadas<sup>29</sup>.

Aunque no forma parte del objeto de este trabajo, debe señalarse que se ha criticado la falta de protección de los empresarios ante cláusulas no negociadas abusivas o no transparentes, pues en estos casos se produce igualmente un procedimiento contractual en el que el predisponente establece unilateralmente el contenido contractual, produciéndose por consiguiente una merma en el consentimiento del adherente en relación con la reglamentación impuesta por el predisponente<sup>30</sup>. Crítica que puede expandirse a los empresarios que se adhieren a cláusulas suelo<sup>31</sup>. En mi opinión, optar por la protección del adherente empresario, o solo por la del consumidor, es un debate de política legislativa, que pueda encontrar argumentos razonables a favor de una u otra opción<sup>32</sup>. Con todo, la tendencia en otros ordenamientos de nuestro entorno y en los textos de *soft law* parece ser el establecimiento de un control de contenido de cláusulas no negociadas en contratos formalizados entre empresarios<sup>33</sup>. Así las cosas, una doctrina bienintencionada pretende mejorar la posición de los empresarios adherentes, argumentando que estos pueden pretender la nulidad de las cláusulas suelo a través de su no incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), cuando estas se hayan incluido de forma sorpresiva<sup>34</sup>.

Siguiendo la estela de este entendimiento, la jurisprudencia ha declarado nulas cláusulas suelo de contratos de préstamo concedido a empresarios, porque no superaban del control de incorporación. En alguna ocasión simplemente se asume la decisión de las instancias, que consideraron que la cláusula suelo no satisfacía el control

<sup>28</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *CCJC*, 2020.

<sup>29</sup> Por todas, STS 702/2018, 13 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>30</sup> Principalmente, MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 428-450. Recientemente, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 454.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *RCDI*, 2015, p. 681 ss. y *CCJC*, 2017 (a).

<sup>32</sup> DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 464.

<sup>33</sup> Señala MATO PACÍN, 2017, pp. 57-125, en base a un sólido análisis de Derecho comparado, que en Alemania, Portugal, Holanda y Francia se contempla un control de contenido de las cláusulas no negociadas en contratos entre empresarios. También se contempla en el artículo 4:110 *PECL*. El *DCFR* diferencia entre el significado de abusivo en contratos entre empresarios y consumidores (II.9:403), entre no empresarios (II.9:404) y entre empresarios (II.9:405). Sobre un análisis de los textos de *soft law*, cfr. PAZOS CASTRO, 2017, pp. 297-300. Nótese que el Código de Comercio de Cataluña, a través de la Ley 20/2010 de 20 de Julio, protege a las pequeñas y medianas empresas, incorporando dentro del concepto de «persona consumidora» a los trabajadores autónomos y las empresas de pequeña dimensión.

<sup>34</sup> ALBIEZ DOHRMANN, *RDACM*, 2017.

de incorporación, aunque no se explica la razón<sup>35</sup>. Asimismo, cuando el predisponente ocultó deliberadamente la cláusula suelo, pues ni siquiera se incluyó en la escritura pública de préstamo hipotecario<sup>36</sup>, ni en la escritura de subrogación del préstamo hipotecario<sup>37</sup>. De otros casos parece desprenderse que la cláusula suelo no supera el control de incorporación cuando el predisponente no entregó un folleto informativo ni hizo las advertencias legales en la escritura sobre la existencia de la cláusula, vulnerándose la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que exige la entrega por la entidad de crédito de un folleto informativo señalando si existen cláusulas suelo (art. 3) y que el notario advierta al prestatario si se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés (art. 7)<sup>38</sup>. En esta dirección, se ha confirmado la decisión de la instancia que consideró que la cláusula suelo no quedó incorporada al contrato porque el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por lo que el prestatario no tuvo oportunidad real de conocer la existencia de la cláusula suelo. En consecuencia, no se consideran cumplidos los requisitos de incorporación por la mera inclusión de la cláusula suelo en la escritura de préstamo y su redacción clara y comprensible, si no se le ha hecho entrega previamente de la ficha de información personalizada o el notario no advirtió de la existencia de una cláusula suelo, porque el prestatario no habría tenido una oportunidad real de conocerla antes de la celebración del contrato<sup>39</sup>. Sin embargo, también se ha considerado que el incumplimiento de los deberes de información que prescribe la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en particular la entrega de una oferta vinculante, no supone que la cláusula suelo no supere el control de incorporación, pues los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y al ser gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción, encontrándose dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, en un apartado propio. El incumplimiento de las previsiones de la citada Orden puede utilizarse, en cambio, como parámetro para determinar la falta de transparencia material respecto de las cláusulas no negociadas en contratos en los que el adherente tenga la condición de consumidor<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> STS 551/2019, 18 de octubre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>36</sup> STS 15/2018, 3 de julio, P. José Vela Torres.

<sup>37</sup> STS 449/2022, 31 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>38</sup> STS 57/2019, 25 de enero, P. José Vela Torres. Cfr. GARCÍA HERNANDO, *RADP*, 2021.

<sup>39</sup> STS 168/2020, 11 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>40</sup> STS 23/2020, 20 de enero, P. Juan María Díaz Fraile.

A mi juicio, de esta jurisprudencia puede deducirse que la nulidad por no incorporación se produce en los casos de falta de información más graves, cuando ni siquiera la cláusula se incluye en la escritura o en un anexo, de forma que no puede ser conocida por el adherente. Con todo, de ella también puede inferirse que, en ocasiones, se lleva a cabo un control de incorporación no reducido al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, y por tanto muy similar al control de transparencia aplicable a contratos con consumidores<sup>41</sup>. O, dicho con otras palabras, se está aplicando el control de transparencia cualificado a cláusulas suelo de préstamos suscritos por empresarios<sup>42</sup>. Finalmente, no puede servir para declarar no transparentes cláusulas no negociadas en contratos con empresarios el nuevo párrafo quinto del artículo 5 LCGC, introducido por la LCCI, que reza que la condición general incorporada de modo no transparente al contrato en perjuicio «del consumidor» es nula de pleno derecho<sup>43</sup>.

## 2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS TRANSACCIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO

De lo expuesto con anterioridad puede deducirse con facilidad que entre ciertos bancos y prestatarios consumidores se ha producido un estado de controversia o disputa en relación con la transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios. Dicha situación ha fomentado que algunas entidades y clientes hayan rubricado unos documentos privados que encierran contratos de transacción (arts. 1809 a 1819 CC)<sup>44</sup>. Obsérvese que la transacción es un contrato que tiene como causa típica evitar la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado (art. 1809 CC)<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSCA, 2002, p. 185 a 191.

<sup>42</sup> Cfr. PAZOS CASTRO, 2017, p. 441.

<sup>43</sup> CARRASCO PERERA, 2019 (a).

<sup>44</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 1964, pp. 12-13, señala como textos romanos referidos a la transacción D. 2, 15, 1; C. 2, 41, 12 y C, 8, 43, 6, y sostiene que la transacción era en la época arcaica un modelo de *pactum*, mientras que en el derecho de la compilación es un contrato con acción propia. En opinión de TAMAYO HAYA, ADC, 2004, p. 1125, en la etapa justiniana la *transactio* era considerado un contrato (C. 2, 19, 7) que requería un *animus transigendi* (D. 3, 6, 1; C. 6, 31, 3 y C. 3, 2, 21). En las *Pandette* y en el *Codex*, la transacción forma parte de un título separado «de *transactionibus*» (D. 2, 15 y C. 2, 4). Según la autora citada, serán los principios recogidos en estos textos los que influyeron en la legislación posterior (P. 5, 14, 34). A juicio de Díez-PICAZO, 2010, la pluralidad de formas que adoptó la transacción en el derecho romano puede ser la razón de que no haya un desarrollo específico de este contrato en las fuentes, y de que las primeras construcciones fueran realizadas por juristas prácticos del Derecho común.

<sup>45</sup> STS 214/2019, 5 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán. Con todo, señala MANRESA NAVARRO, 1914, p. 99, que en el Derecho romano la primera hipótesis no era admisible. Por consiguiente, solo cabía transacción una vez planteado el litigio.

Por tanto, para que pueda haber transacción es precisa la existencia de una controversia previa entre las partes, materializada o no como proceso judicial<sup>46</sup>. La controversia no ha de interpretarse por su valor racional, sino por el real, cualquiera que sea el motivo de la disidencia entre las partes que le sirva de origen<sup>47</sup>. Es decir, solo se exige que medie un desacuerdo entre las partes, que sea susceptible de provocar un litigio. Bastará pues para la validez del contrato que el derecho sea dudoso en opinión de las partes que transigen, aun cuando no lo parezca a un «tercero desinteresado y competente»<sup>48</sup>. En efecto, el temor a evitar un litigio, aunque se mantengan controversias no fundadas en Derecho, es título bastante para la validez de la transacción. De otra forma, el litigio que pretende evitar la transacción no se evitaría<sup>49</sup>.

La transacción tiene como finalidad dar certeza a una relación jurídica controvertida (*res dubia*) y evitar así la provocación de un pleito o poner fin al que había comenzado<sup>50</sup>. Esta certeza de la nueva relación jurídica entablada se consigue porque lo transigido tiene autoridad de «cosa juzgada» para las partes (art. 1816 CC)<sup>51</sup>. En nuestro caso, la controversia versa sobre la transparencia o no de la cláusula suelo y se transige (extrajudicialmente) para dar certeza a esta situación y evitar la provocación de un litigio. La transparencia de una cláusula no es un supuesto semejante o que guarde identidad de razón con ninguna de las materias sobre las que no se puede transigir, reguladas en el artículo 1814 CC<sup>52</sup>. Por consiguiente, parece evidente que se puede transigir sobre un contrato o

<sup>46</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (a).

<sup>47</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 15 y 2015; AYLLÓN OGAYAR, 1982 y RODRÍGUEZ MORATA, 2013. Como sostiene la STS 1153/2000, 20 de diciembre, P. Pedro González Poveda, la incertidumbre no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo cual constituye el factor psicológico («*timor litis*») que les mueve al otorgamiento del contrato.

<sup>48</sup> MANRESA Y NAVARRO, 1914, p. 120.

<sup>49</sup> Así parece desprenderse de C. 2, 4, 2 (Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 15).

<sup>50</sup> SSTs 16 de mayo 1991, P. Alfonso Villagómez Rodil y 879/1997, 13 de octubre, P. Román García Varela.

<sup>51</sup> Como razona CARRASCO PERERA, 2021 (c), la expresión legal «cosa juzgada» simplemente contiene «un arcaísmo semántico con el que se expresa la regla general de la eficacia obligatoria de los contratos (art. 1091 CC)». La «cosa juzgada» de la transacción no es equiparable a la sentencia firme pues, por ejemplo, no impide impugnarla por error [STS (Pleno) 205/2018, 11 de de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo]. Además, la transacción extrajudicial no es un título ejecutivo (cfr. art. 517.1. 3.º LEC). Sin embargo, afirma el autor citado que, a pesar de la imprecisión del término «autoridad de cosa juzgada», la transacción tiene una fuerza vinculante más intensa que el resto de los contratos. En efecto, como después trataremos, el margen de la impugnación por error es más limitado que en el resto de los contratos, «porque la liquidación de la situación de incertidumbre que la transacción supone comporta que las partes asumen el riesgo de que eventos posteriores despejen aquella inicial incertidumbre».

<sup>52</sup> En sentido parecido, PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020.

una cláusula sobre la que pende una amenaza de nulidad por falta de transparencia. Repárese que la transacción aporta su propia causa, que por definición será casi siempre válida, con independencia de que el contrato subyacente adoleciera de un vicio de nulidad, como magistralmente se declara en el texto del *Digesto* 12, 6, 65, 1 (*De conditione indebiti*)<sup>53</sup>.

Como medio para alcanzar ese fin de evitar el pleito, o terminar el ya comenzado, las partes implicadas realizan recíprocas concesiones: «dan, prometen o retienen cada una alguna cosa», reza el artículo 1809 CC<sup>54</sup>. En efecto, lo que hacen las partes es fijar o aclarar su verdadera situación jurídica, mediante renunciaciones y reconocimientos recíprocos<sup>55</sup>. Por eso la transacción es un contrato sinalagmático<sup>56</sup>. Así, observemos que la transacción objeto del presente estudio es sinalagmática, pues el banco reduce la cláusula suelo, renunciando a los intereses que podía obtener a través de ella, y el consumidor se compromete a no instar su nulidad, renunciando así a los importes que podría recibir si la cláusula fuera declarada no transparente. Con estas mutuas concesiones o renunciaciones las partes aclaran la incertidumbre que existía en torno a la cláusula suelo, sustituyendo esta situación jurídica por una nueva que deja de ser controvertida. Es decir, convierten la *res dubia* en *res certa*<sup>57</sup>. Incluso, si consideramos que la partes intercambian dos *res incertas*, esto es, si la cláusula suelo es nula y el montante de dinero a devolver y cuánto supondría la bajada de la cláusula suelo, entonces estamos refiriéndonos a un negocio bilateral con prestaciones aleatorias correspectivas<sup>58</sup>. Por lo demás, la transacción es un contrato consensual y oneroso, donde el *animus transigendi* no se halla en el intercambio de bienes o servicios debido a las prestaciones recíprocas de las partes, sino en la resolución de una disputa o de unas diferencias no siempre contrastadas<sup>59</sup>. Con

<sup>53</sup> Cfr. GARCÍA DEL CORRAL, 1889, p. 720.

<sup>54</sup> Creo que es evidente, como afirma Díez-PICAZO, 2010, que la enumeración (*dando, prometiendo o reteniendo*) no es completa y todo lo que puede ser objeto de prestación y de atribución, como una renuncia, puede formar parte de una transacción.

<sup>55</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 2015.

<sup>56</sup> SSTS 27/1993, 6 de noviembre, P. Fernández-Cid de Temes y 685/2001, de 30 de junio, P. José de Asís Garrote. En ocasiones, se ha negado el carácter sinalagmático de la transacción por la imposibilidad del reintegro de las prestaciones ejecutadas si dicho contrato se resuelve por incumplimiento (Cfr. TAMAYO HAYA, 2016).

<sup>57</sup> Díez-PICAZO, 2010.

<sup>58</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a). En mi opinión, no se puede afirmar que las contraprestaciones de las partes son conmutativas y perfectamente determinadas, lo que les permitirá conocer por adelantado las ventajas y desventajas del contrato. El prestatario renuncia a una cantidad, que no es segura, y el banco reduce la cláusula suelo, y no sabe la pérdida o ganancia que le comportará. Sobre la posibilidad de transacciones aleatorias, cfr. TAMAYO HAYA, 2016.

<sup>59</sup> STS 540/2010, 26 de noviembre, P. Juan Antonio Xiol Ríos. Ahora bien, explica GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 126, que habría que analizar si los derechos objetos

todo, el consentimiento sobre la transacción deberá ser completo y recaer sobre todos y cada uno de los elementos de la transacción para que esta surta todos sus efectos<sup>60</sup>.

El carácter sinalagmático de las transacciones a las que nos referimos ha sido reconocido por la jurisprudencia civil más reciente, que entiende que la renuncia al ejercicio de acciones tiene su causa en la reducción de la cláusula suelo, de forma que ambas prestaciones constituyen los dos elementos esenciales de un contrato de transacción: el prestamista accede a eliminar el suelo y el cliente, que en ese momento podía ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncia a su ejercicio<sup>61</sup>. Asimismo, una renuncia al ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula suelo y a reclamar lo pagado en su aplicación puede entenderse que tiene su causa en la eliminación de la cláusula suelo y el establecimiento de un interés fijo, a un tipo porcentual inferior al suelo previsto inicialmente, para el resto de duración del préstamo<sup>62</sup>. Del mismo modo, una renuncia al ejercicio de acciones puede tener su causa en la eliminación de la cláusula suelo y el establecimiento de un interés a tipo fijo durante un tiempo y, a partir de ese momento, un interés variable, sin suelo, para el resto de duración del préstamo<sup>63</sup>. El carácter sinalagmático de nuestro contrato de transacción tiene importantes consecuencias, como luego se verá.

Sobre el «sinalagma» en la transacción, ha sido constante la jurisprudencia que ha entendido que «el designio de poner término a un litigio o el de evitarlo mueven a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcance y paridad de concesiones». Así, se admiten concesiones de gran amplitud, incluso de orden moral o sin contenido económico<sup>64</sup>. En efecto, la jurisprudencia ha operado con bastante holgura en lo referido a los requisitos de «corresponsividad» exigidos en la transacción. La cuestión está en determinar si la renuncia de acciones que contiene nuestra transacción puede tener como causa onerosa suficiente la rebaja del suelo. Es decir, si la rebaja del suelo supone un *quid pro quo* suficiente para renunciar a la acción de nulidad. Habrá que decir que sí, porque lo cierto es que el consumidor obtiene una remuneración o ventaja, al renunciar el banco a una expectativa de cobro de unos determinados intereses obtenidos en

---

de transacción están comprendidos en el artículo 1280 CC, y en caso afirmativo, se requerirá la forma necesaria.

<sup>60</sup> STS 249/2001, 19 de marzo, P. Antonio Romero Lorenzo.

<sup>61</sup> Por todas, STS 918/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>62</sup> SSTs 407/2022, 25 de mayo y 530/2021, 13 de agosto, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>63</sup> SSTs 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; 643/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>64</sup> STS 27/1993, 6 de noviembre, P. Eduardo Fernández-Cid de Temes. Cfr., además, la jurisprudencia citada por TAMAYO HAYA, 2016 y CARRASCO PERERA, 2021 (a).

aplicación de la cláusula suelo, que solo sería ineficaz si dicha cláusula fuera considerada no transparente, lo que depende de circunstancias concurrentes en cada caso, como expliqué con anterioridad. En cambio, se ha razonado que la solución sería diferente en el caso de una transacción por la que el banco accede a modificar los tipos de interés usurarios y convertirlos en válidos, y el consumidor renuncia a reclamar los intereses usurarios abonados. En efecto, la nulidad por usura es distinta de la nulidad derivada de la falta de transparencia. La falta de transparencia es realmente una incertidumbre, que depende de las circunstancias individuales de cada caso, mientras que la nulidad por usura es objetiva y de más segura apreciación, pues se basa en la comparación entre un estándar válido y otro prohibido. Por eso, el banco debe ofrecer al concreto cliente, a cambio de la renuncia, «algo más» que los tipos de interés no usurarios que viene ofreciendo a sus nuevos clientes, pues en caso contrario su prestación no podrá soportar como causa onerosa suficiente la renuncia del consumidor, y sería considerada una renuncia unilateral prohibida por el artículo 86.7 TRLGDCU<sup>65</sup>.

La prestación corresponsiva del banco consiste, como digo, en renunciar, para el futuro, a los intereses que le proporcionaba la cláusula suelo, lo que normalmente se consigue modificando «a la baja» el suelo de la cláusula de interés variable del préstamo hipotecario<sup>66</sup>. La resultante de dicha modificación ha sido originalmente denominada por algún autor como «cláusula suelo de segunda generación»<sup>67</sup>. Mas como tendré ocasión de argumentar a lo largo del presente trabajo, no tantos elementos comunes existen entre la cláusula suelo y su modificación. En rigor, dicha modificación de las condiciones del préstamo hipotecario supone lo que se ha llamado una novación impropia, que no opera extintivamente<sup>68</sup>, porque el vínculo primitivo subsiste, aunque modificado<sup>69</sup>. En rigor, la calificación de una novación como extintiva o modificativa depende principalmente de una labor de interpretación y de indagación

---

<sup>65</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2021, pp. 63-64. En el pensamiento del autor, el cual comparto, si el tipo de interés usurario de un cliente particular es  $X + 1$ , y el tipo de interés válido ofrecido a otros clientes es  $X$ , el concreto cliente debería tener objetivamente un interés  $X$ , por lo que la oferta corresponsiva del banco debe ofrecer al cliente *un plus*, es decir, un interés  $X - 1$  u otra contraprestación (la devolución de una cantidad de dinero, por ejemplo).

<sup>66</sup> Por todas, STS 687/2021, 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>67</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de Derecho*, 2021.

<sup>68</sup> La P. 5. 15. 4 consideraba la novación como un modo de extinguir las obligaciones. Mas la evolución posterior, que queda reflejada en el artículo 1134 del Proyecto de CC de 1851, entiende la novación no solo como una forma de extinción de la obligación, sino como una alteración o modificación de las condiciones o el plazo (Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, 2022, p. 415).

<sup>69</sup> STS 28/2015, 11 de febrero, P. Sebastián Sastre Papiol.

de la voluntad de las partes<sup>70</sup>. Según la jurisprudencia, la novación extintiva y la modificativa tienen en rigor un régimen jurídico distinto, sobre todo en cuanto a la aplicación del artículo 1207 CC se refiere<sup>71</sup>. Con todo, que la jurisprudencia afirme que «la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida», no puede ser el pretexto para no aplicar el artículo 1208 CC<sup>72</sup>, como explicaré con posterioridad.

La novación y la transacción son, evidentemente, dos cosas distintas; pero no son excluyentes, pues actúan en un diferente plano lógico<sup>73</sup>. Por ello una transacción se estructura muchas veces sobre el esquema de una novación, en ocasiones extintiva<sup>74</sup>. Hasta el punto de que en bastantes casos la transacción es la causa de la novación de obligaciones preexistentes<sup>75</sup>. Ahora bien, la novación de una obligación previa no siempre trae causa de una transacción, sino solo cuando el *caput controversum* versa sobre un aspecto de un contrato que se acaba novando. Así, no hay transacción, aunque sí novación, cuando el prestatario accede a que se «eleve la cláusula suelo» a

---

<sup>70</sup> Según la STS 190/2021, 31 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile, el contrato enjuiciado no tiene el carácter de novación propia o extintiva, porque el efecto extintivo no se declara «terminantemente» por las partes, ni de los términos del contrato puede deducirse una voluntad concorde en tal sentido, ni hay una absoluta incompatibilidad entre las obligaciones reflejadas.

<sup>71</sup> Como afirma la STS 123/2022, 16 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile, la novación extintiva implica la extinción entre las partes de las obligaciones o garantías accesorias, que solo podrán subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento (art. 1207 CC). En cambio, la novación modificativa supone la conservación de las garantías accesorias. Con todo, como expone GUTIÉRREZ SANTIAIGO, 2021 (a), hay casos en que una novación objetiva supone la extinción de obligaciones accesorias, caracterizados estos por el rasgo común de que la modificación de la obligación agrave la posición de un tercero. Así podría ocurrir, por ejemplo, si se aumenta la cuantía de la deuda, o se pactan nuevos intereses, o se concede un nuevo plazo para el cumplimiento o se proroga el existente. En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, 2015, quien entiende que la subsistencia tendrá que consentirla, en su caso, el tercero que garantizó (hipotecando un inmueble de su propiedad) la deuda ajena; y que, aun así, la garantía hipotecaria preferente alcanzará solo la cuantía garantizada en la *prior obligatio*, el resto requerirá nueva hipoteca, la cual será de rango inferior a las constituidas antes de la novación. Por ello, como afirma Díez-Picazo, 2007, lo más razonable será entender que en la novación modificativa subsisten las relaciones accesorias, salvo cuando la situación del tercero resulte agravada como consecuencia de la novación. Cfr. RDGRN 11729/2017, de 19 septiembre.

<sup>72</sup> Cfr. STS 489/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras.

<sup>73</sup> Como afirma la STS 157/2022, 1 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile, la novación y la transacción son perfectamente compatibles. El contenido del vínculo obligatorio resultante de la transacción admite múltiples variantes, que dependen de cual haya sido la voluntad de los contratantes.

<sup>74</sup> STS 993/1998, 31 de octubre, P. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

<sup>75</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (a) y jurisprudencia que cita. En opinión de SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 354, la transacción es uno de los contratos que es especialmente acto para operar la novación.

cambio de que el prestamista le conceda una ampliación de capital<sup>76</sup>, o de plazo y capital<sup>77</sup>. En efecto, en estos casos las recíprocas concesiones no son el medio para resolver una controversia y evitar un pleito. La novación tampoco trae causa de una transacción cuando no se producen concesiones recíprocas y un estado de mínima contienda. Si una parte concede a la otra parte más plazo del estipulado en el contrato y una reducción del tipo de interés<sup>78</sup>, y esta parte no da nada a cambio, entonces no hay transacción. En efecto, por la reciprocidad se distingue la transacción de la renuncia, del allanamiento, del reconocimiento unilateral y de otros negocios que llevan consigo el abandono de una pretensión y que no requieren recíprocas renunciaciones y concesiones de las partes<sup>79</sup>. Por eso el antiguo Derecho se refería a la transacción como «un convenio no gratuito»<sup>80</sup>. Además, puede producirse una transacción sin novación cuando no exista entre las partes una relación contractual previa<sup>81</sup>, como por ejemplo cuando se transige sobre el *quantum* de una indemnización proveniente de un daño extracontractual<sup>82</sup>. Pero a pesar de existir una relación contractual previa, puede darse una transacción sin novación. Así, cuando la prestamista entrega una suma de dinero a cambio de que el prestatario renuncie a la acción de nulidad de la cláusula suelo<sup>83</sup>. Por lo demás, no es incongruente la sentencia que califica el contrato de transacción, aunque las partes lo hayan calificado de novación y renuncia<sup>84</sup>. Para atender a lo que realmente se pactó entre las partes, lo relevante no es el título que encabezaba el documento, sino el contenido y validez de sus cláusulas<sup>85</sup>.

Obsérvese que la casuística es variada, y lo cierto es que la novación que trae causa de la renuncia a la que nos referimos no solo consiste en la minoración de la cláusula suelo, sino que también puede consistir en sustituir el tipo de interés variable con cláusula suelo por un tipo de interés fijo, inferior al tipo suelo previsto ini-

<sup>76</sup> STS 548/2018, 5 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>77</sup> SSTS 468/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg y 361/2019, 26 de junio P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>78</sup> STS 469/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg.

<sup>79</sup> STS 1237/2007, 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz.

<sup>80</sup> Art. 1715 Proyecto CC de 1851, que se basa en C. 6, 3, 38 (cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 43).

<sup>81</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2018.

<sup>82</sup> Con todo, como afirma SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 340 a 341, no es necesario que la obligación preexistente sea contractual, y puede novarse contractualmente una obligación nacida de un cuasicontrato o acto ilícito. Según él, se nova una obligación preexistente.

<sup>83</sup> SSTS 644/2021, 28 de septiembre y 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>84</sup> STS 61/2022, 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>85</sup> STS 246/2022, 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo.

cialmente<sup>86</sup>. O en eliminar la cláusula suelo y mantener el tipo de interés variable inicial<sup>87</sup>, o en modificar este último agregándole un nuevo diferencial<sup>88</sup>. Incluso la novación puede consistir en suprimir la cláusula suelo y aplicar un tipo fijo durante un periodo de tiempo, para después aplicar el tipo de referencia y el diferencial pactado inicialmente<sup>89</sup> u otro distinto<sup>90</sup>. También puede ocurrir que la contraprestación del banco no consista solo en la novación, relativa a la supresión de la cláusula suelo para el futuro, sino, además, en la restitución al prestatario una cantidad por intereses pagados en aplicación de dicha cláusula suelo<sup>91</sup>. Pueden incluso formalizarse novaciones sucesivas sobre la misma materia, reduciendo la cláusula primero a un tipo y luego a otro, o estableciendo en la segunda operación un tipo de interés fijo<sup>92</sup>. En este caso, evidentemente, la primera modificación de la cláusula suelo opera a partir de la fecha del primer contrato privado, y la segunda reducción al a partir de la fecha del segundo contrato<sup>93</sup>. Además, si el prestatario contrató inicialmente tres préstamos hipotecarios con tres cláusulas suelo, se pueden pactar tres novaciones con sus correspondientes renunciaciones<sup>94</sup>. Como podremos notar con posterioridad, que la novación sea de un tipo u otro tiene consecuencias jurídicas distintas.

El cliente, por su parte, renuncia a la acción de nulidad de la cláusula suelo. La jurisprudencia nos demuestra que a veces la renuncia viene referida a cualquier acción futura frente al banco que traiga causa del préstamo<sup>95</sup>, mientras que otras veces alude a las acciones sobre la cláusula suelo original y a los intereses que se pagaron por

---

<sup>86</sup> SSTS 530/2021, 13 de agosto; 622/2021, 22 de septiembre; 805/2021, 23 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>87</sup> SSTS 304/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile; 767/2021, 3 de noviembre y STS 876/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>88</sup> SSTS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>89</sup> SSTS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 643/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile; y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>90</sup> STS 827/2021, 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>91</sup> STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>92</sup> STS 424/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>93</sup> STS 431/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>94</sup> STS 246/2022, 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>95</sup> SSTS 580/2020, 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 581/2020, 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 676/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 49/2021, 4 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo; 86/2021, 17 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo; 241/2021, 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 325/2021, 17 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 429/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 524/2021, 13 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 632/2021, 27 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena; 737/2021, 2 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 756/2021, 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 835/2021, 1 de diciembre, p.. Ignacio Sancho Gargallo.

su aplicación<sup>96</sup>. Con todo, hay casos en los que la renuncia de acciones comprende todas las relativas a la cláusula suelo, pero no se limita a esta, sino que se extiende en general a cualquier reclamación en relación con el préstamo hipotecario en que aquella está inserta, en su totalidad<sup>97</sup>. Como explicaré más detalladamente luego, del texto del contrato debe desprenderse una renuncia por parte del consumidor que reúna los requisitos de claridad y comprensibilidad, que le permita entender a qué se renuncia y sus consecuencias. Por consiguiente, no puede admitirse la licitud y eficacia de una cláusula de renuncia inexistente<sup>98</sup>. La cláusula debe reflejar una renuncia de acciones «inequívoca e indudable»<sup>99</sup>. Por otra parte, no puede aceptarse que del acuerdo de novación de la regulación del interés remuneratorio se desprenda una renuncia del consumidor a ejercitar las acciones que pudieran corresponderle respecto de la cláusula suelo original, y menos aún con los requisitos que exige la jurisprudencia para la validez de una renuncia de esta naturaleza<sup>100</sup>. En efecto, un acuerdo por el que se nova la regulación de los intereses remuneratorios del préstamo no supone una renuncia tácita a la acción de nulidad de la cláusula suelo, no teniendo por tanto dicho acuerdo el carácter de transacción<sup>101</sup>. Aun más, hay casos en los que el documento no contiene una cláusula de renuncia<sup>102</sup>, pudiendo entenderse por tanto que no estamos hablando de un negocio recíproco, sino unilateral, y por tanto no hay transacción, pues solo hay concesiones por parte del prestamista. Por lo demás, si el prestatario niega la validez del documento privado por el que se reduce la cláusula suelo y se renuncia a impugnarla, por no estar firmado por él, y el prestamista no prueba lo contrario, no puede presuponerse la validez y autenticidad de dicho documento, ni por tanto del acuerdo transaccional<sup>103</sup>. Tampoco un ofrecimiento de modificación o eliminación de la cláusula suelo condicionado a la renuncia del cliente a la acción de nulidad puede considerarse una transacción,<sup>104</sup> sino una oferta de transacción necesitada de aceptación.

<sup>96</sup> STS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 675/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile, 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; 216/2021, 20 de abril, P. Juan María Díaz Fraile; 407/2021, 15 de junio, P. Rafael Saraza Jimena; 530/2021, 13 de julio, P. Rafael Saraza Jimena; y 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>97</sup> STS 482/2022, de 14 de junio, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>98</sup> STS 311/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>99</sup> STS 243/2021, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>100</sup> STS 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>101</sup> STS 424/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>102</sup> SSTS 558/2017, 16 de octubre y 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>103</sup> STS 463/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>104</sup> Para una transacción que no tiene que ver con la cláusula suelo, cfr. STS 65/2022, 2 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

Según las SSTs 403/2021, de 15 de junio<sup>105</sup>, y 421/2021, de 22 de junio<sup>106</sup>, tampoco hay transacción si la cláusula suelo originaria había sido declarada no transparente en virtud de una acción colectiva anterior a la formalización de la novación. No hay transacción, se dice, porque no hay contraprestación del banco, consistente en la reducción de la cláusula suelo, pues esta había sido previamente declarada nula por una sentencia que estimó la acción colectiva en la que banco y cliente estaban concernidos. Aunque, como he explicado, en el control de transparencia hay que tomar en consideración las circunstancias individuales y concretas que han concurrido en cada contrato, esto solo es coherente si la transparencia se examina a raíz de una acción individual, y no colectiva. En las acciones colectivas es imposible realizar un control circunstanciado, y será necesario llevar a cabo un control abstracto y de carácter objetivo<sup>107</sup>. En este sentido, la jurisprudencia, en un primer momento, razonó que entre las acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes. Así, con fundamento en una interpretación conjunta de los artículos 15, 222.3 y 221 LEC, se concluyó que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1-1.ª LEC<sup>108</sup>. La jurisprudencia posterior ha matizado esta doctrina, y ha sostenido que, si por una acción de cesación se hubiera declarado abusiva una cláusula suelo, «en los litigios posteriores en los que se ejercite una acción individual de esa cláusula respecto de la misma entidad condenada, la regla general sería que el juez solo aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. Únicamente podrá el juez resolver sobre una acción individual en un sentido diferente, cuando constaran en el pleito circunstancias excepcionales referidas al concreto perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten notablemente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual»<sup>109</sup>. Recientemente

<sup>105</sup> P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>106</sup> P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>107</sup> STJUE 14 abril 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14.

<sup>108</sup> STS (Pleno) 123/2017, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>109</sup> STS 367/2017, 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena. Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *CCJC*, 2021. Ahora bien, es sorprendente que propio Tribunal Supremo haya negado que sea posible practicar el control de transparencia sobre condiciones generales de un contrato financiero complejo cuando la acción ejercitada es de carácter colectivo (STS 408/2020, 7 de julio, P. Pedro José Vela Torres). Así, de la sentencia se infiere que cuanto más complicado y menos estándar sea un contrato, menor será la posibilidad de aplicar un control de transparencia en una acción colectiva. Y, a la vez, cuanta mayor sea la información singular que se

te, el TS ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE sobre la viabilidad de una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores contra las cláusulas suelo utilizadas por las entidades financieras demandadas, a la que se acumuló una acción restitutoria de las cantidades pagadas en aplicación de esa cláusula. En particular, se plantea el problema de la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas y el examen individualizado que requiere el control de transparencia, así como las dificultades para realizar un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del «consumidor medio» (ATS 29 junio 2022, P. Pedro José Vela Torres).

Entonces, la declaración de nulidad de la cláusula suelo por la sentencia que resuelve la acción colectiva no puede tener efecto de cosa juzgada en la acción individual posterior, y el juez que conoce de la acción individual deberá pronunciarse sobre la transparencia de la cláusula, aunque sea para declararla no transparente porque no concurren circunstancias especiales relativas al concreto perfil del cliente o a la información suministrada por el predisponente. Por consiguiente, y al contrario de lo que parecen entender las SSTS 403/2021 y 421/2021, creo que la declaración de nulidad de la cláusula suelo de la sentencia colectiva no tenía eficacia de cosa juzgada en la acción individual posterior, por lo que la cláusula no era nula, sí había contraprestación del banco y por tanto transacción. En efecto, la novación se practica antes de que una sentencia haya declarado no transparente la cláusula suelo con efecto de cosa juzgada sobre una acción individual, por lo que la rebaja es posible y de hecho se realiza para evitar el «pleito individual». Es más, la sentencia que conoce la acción individual no podría declarar nula la cláusula suelo original, si la transacción era perfectamente transparente. Por lo demás, si la tesis que se critica fuera cierta, todas las transacciones acometidas después de la STS 241/2013, de 9 mayo, serían nulas, porque aquella sentencia versaba sobre acciones colectivas de nulidad por falta de transparencia, que deberían haber extendido su *cuasi-cosa-juzgada* a todas las contiendas posteriores, cosa que, notoriamente, no ha ocurrido<sup>110</sup>.

Como se ha apuntado, quizá porque la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, declaró la total retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula suelo declarada como nula, contradiciendo así el criterio de no retroac-

---

deba proveer a los deudores, menor será también la posibilidad de practicar un control abstracto de transparencia, porque el grado de conocimiento del negocio solo podrá ser evaluado después de un examen caso por caso (Cf. CARRASCO PERERA, *GA-P*, 2020).

<sup>110</sup> Explica GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, que, en Alemania, la acción colectiva se limita a cláusulas contrarias a los § 307 a 309 *BGB*, que regulan el control de contenido. Pero no cabe por infracción de normas sobre *Einbeziehung* o inclusión, contenidas en el § 305 *BGB*, ni para las cláusulas sorprendentes, § 305.c. I *BGB*.

tividad de la STS 241/2013, de 9 de mayo, muchos consumidores que firmaron los referidos acuerdos transaccionales los han impugnado<sup>111</sup>. Según la referida STJUE, es contrario al artículo 6 Directiva 93/13/CEE la jurisprudencia del TS, según la cual, la nulidad de una cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia carecía de carácter retroactivo y, por tanto, solo procedía la devolución de las cantidades indebidamente percibidas a su amparo desde el 9 de mayo de 2013, fecha de la publicación de la primera sentencia plenaria sobre la materia. Pero en opinión del TJUE, la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva por falta de transparencia sí tiene carácter retroactivo, no puede limitarse en el tiempo la ineficacia *ex tunc* y procede la restitución de todas las cantidades indebidamente percibidas al amparo de una cláusula que debe considerarse que «nunca ha existido»<sup>112</sup>. En mi opinión, y como argumentaré con más detenimiento luego, es notorio que la cuestión de la retroactividad no puede haber afectado a la función «salvatoria» de la transacción. El TJUE reconoce declarativamente algo que preexistía en el negocio, a saber, que las consecuencias de la nulidad serán *ex tunc*. Pero eso no hace nula la transacción, que tiene su propia causa, salvo que se pudiera considerar que hay nulidad de la transacción por error y que este recae sobre *caput no controversum*<sup>113</sup>; en efecto, era no controvertido que la restitución solo se producía desde mayo de 2013, y esto resultó erróneo.

Normalmente, los prestatarios pretenden la ineficacia del acuerdo transaccional demandando la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo hipotecario<sup>114</sup>, acción a la que renunciaban, aunque en ocasiones también solicitan la nulidad de la nueva cláusula suelo contenida en el referido acuerdo<sup>115</sup>. Técnicamente, si la transacción comporta una renuncia a una acción de nulidad (eventual) de la cláusula suelo, habrá que «destruir» de forma independiente la cláusula transaccional, pues, mientras tal no ocurra, no se podrá plantear siquiera la nulidad de la cláusula o del contrato subyacente<sup>116</sup>. Por

<sup>111</sup> RUIZ-RICO RUIZ, *RDBB*, 2018.

<sup>112</sup> Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *CDT*, 2017, pp. 383-395.

<sup>113</sup> El tratamiento del error constituye una de las cuestiones clásicas en materia de transacción. Aunque no es unánime, y aunque la jurisprudencia civil nunca adoptó expresamente tal diferenciación, la doctrina mayoritaria propone distinguir, siguiendo los modelos del Derecho alemán y de la doctrina italiana, entre error «in caput controversum» y error «in caput non controversum». Así, sería relevante exclusivamente el error que recae sobre extremos que no pertenecían al núcleo de incertidumbre que dio lugar a la controversia entre las partes; pero no sería relevante el error sobre el extremo incierto, sobre el que definitivamente se transigió [cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, pp. 167-175 y 2015; TAMAYO HAYA, 2016 y CARRASCO PERERA, 2021 (d)].

<sup>114</sup> SSTs 427/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo y 763/2021, 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena, entre otras.

<sup>115</sup> SSTs 309/2021, 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena y 687/2021, 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras.

<sup>116</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

tanto, una Audiencia Provincial no puede mantener el pronunciamiento de primera instancia sobre la nulidad de la cláusula suelo inicial y no declarar la nulidad de la cláusula sobre la renuncia de acciones<sup>117</sup>. Asimismo, y dependiendo del momento en el que se interpone la reclamación, se pide la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013<sup>118</sup> o desde que se realizaron los primeros pagos<sup>119</sup>. Recuérdese que la restitución no puede ser acordada de oficio, y debe pedirse por el consumidor demandante<sup>120</sup>. Los bancos se defienden alegando la *exceptio rei per transactionem finitae*<sup>121</sup>, es decir, la existencia y validez del acuerdo privado en que accedían a novar las condiciones del préstamo hipotecario y los prestatarios renunciaban al ejercicio de la acción de nulidad (art. 1816 CC)<sup>122</sup>. Mas los bancos no verán estimada una alegación de falta de legitimación activa del cliente, en el ámbito del recurso por infracción procesal, por la existencia de la transacción, cuestión de fondo que deberá resolverse en el recurso de casación<sup>123</sup>.

El tema de las transacciones sobre las cláusulas suelo ha adquirido gran importancia en la jurisprudencia civil, con más de doscientas resoluciones dictadas hasta la fecha que han ido cambiando de criterio a la luz de la doctrina del TJUE sobre esta concreta materia. Estas sentencias tienen como común denominador que estiman recursos de casación contra sentencias de Audiencias Provinciales que habían sostenido principalmente que una cláusula suelo nula no podía ser confirmada ni novada válidamente. Pues bien, considero que es interesante sistematizar dicha jurisprudencia y glosarla, y no solo por el gran número de resoluciones dictadas, sino, más importante, porque es posible suministrar en algunos puntos soluciones en Derecho distintas a las proporcionadas.

### 3. LA PRIMERA POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL

En la fase incipiente de esta controversia, la mayoría de la jurisprudencia menor calificó el referido acuerdo como una simple novación de las condiciones principales del préstamo. Además, lo normal

<sup>117</sup> STS 303/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>118</sup> SSTS 32/2021, 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena y 431/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>119</sup> Por todas, STS 765/2021, 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>120</sup> STS 467/2022, 6 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>121</sup> Cfr. SSTS de 28 septiembre 1984, P. Jaime Santos Briz y de 10 abril 1985, P. Rafael Pérez Gimeno.

<sup>122</sup> Por todas, STS 648/2021, 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>123</sup> STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

es que los acuerdos acabaran siendo declarados nulos por principio, argumentándose una especie de propagación de la nulidad de la cláusula suelo a todos los negocios posteriores sobre la misma cláusula, por mor del artículo 1208 CC. Con apoyo en brocardos latinos (*quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere* o *quod nullum est nullum producit effectum*), algunas resoluciones afirmaban que «la nulidad, a diferencia de la anulabilidad, no es convalidable», o que «la declaración de nulidad de la cláusula suelo originaria tiene un efecto de propagación a los actos que tengan su base en la misma», por lo que «la novación de lo nulo ningún efecto produce, nulo sigue siendo»<sup>124</sup>. Entonces ¿podrá convalidarse por confirmación una cláusula suelo no transparente? ¿Arrastrará la nulidad de la cláusula suelo la nulidad de la novación?<sup>125</sup>

Pues bien, la STS 558/2017, de 16 de octubre 126, ratificó en términos generales la doctrina emanada por la jurisprudencia mayoritaria de primera y segunda instancia. La *ratio decidendi* es como sigue. En primer lugar, la cláusula suelo carece de transparencia y debe considerarse nula de pleno derecho, nulidad apreciable de oficio, por lo que el consumidor no puede quedar vinculado a ella. Además, la nulidad de pleno derecho no admite convalidación. Por ello, no resulta correcta la afirmación del Juzgado de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción y, en definitiva, la nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada. A mayor abundamiento, no entran en juego las dos excepciones que prevé el artículo 1208 CC para que no se considere nula la novación si así lo es la obligación principal. Respecto a la primera, «salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor», se afirma que no es de aplicación dado que la abusividad o falta de transparencia no es solo alegable por el deudor, sino que también puede ser apreciada de oficio. En relación con la segunda, «salvo que ratificación convalide los actos nulos en su origen», se sostiene que para que la subsanación se produzca deben concurrir los requisitos que el artículo 1311 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables. No obstante, no puede considerarse una convalidación del contrato la protesta por la inclusión de una cláusula y la petición de que al menos se reduzca el suelo al fijado en otros

<sup>124</sup> Entre otras, SSAP de Zaragoza (Sección 5.ª) 212/2017, 27 de abril; 321/2017, 2 de junio; 322/2017, 5 de junio; SSAP de Badajoz (Sección 2.ª) 140/2017, 27 de abril; 190/2017, 29 de mayo; 213/2017, 15 de junio; 232/2017, 29 de junio; SAP de Navarra (Sección 3.ª) 104/2016, 29 de febrero; SAP de Palencia (Sección 1.ª) 223/2016, 14 de noviembre; SSJPI de Pamplona 164/2017, 13 de junio y JPI de Vitoria 2/2015, 7 de enero.

<sup>125</sup> Cfr. ALBIEZ DORHMANN, *CCDJ*, 1994, pp. 62-108.

<sup>126</sup> P. Rafael Saraza Jimena.

contratos de la misma promoción, pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Se trata, en cambio, de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.

Ante la argumentación expuesta, se pueden realizar algunos comentarios. En primer lugar, se afirma que la cláusula suelo carece de transparencia, y debe considerarse nula de pleno derecho, nulidad apreciable de oficio, por lo que no admite convalidación. Parece, pues, que la sentencia asume el rígido binomio tradicional entre nulidad relativa (o anulabilidad) y nulidad absoluta (o radical o de pleno derecho), entendidas ambas nulidades como protectoras de distintos intereses (privados y públicos, respectivamente), y determinantes de unas consecuencias ineludibles en cuanto a cuestiones de régimen jurídico: legitimación activa, posibilidad de convalidación, prescripción, apreciación de oficio, etc. Estas consecuencias se aplicarían en bloque, de manera insoluble, con poquísimas excepciones determinadas por el legislador y la jurisprudencia<sup>127</sup>.

Con todo, algunos autores han criticado este binomio entre nulidad y anulabilidad y las consecuencias típicas que cada una conlleva. Se critica porque nuestro Código no lo contempla, y porque este modo de entender las cosas proviene únicamente de la importación de doctrina extranjera. Además, en muchos casos, la jurisprudencia no anuda de forma ineludible a un régimen concreto de nulidad las consecuencias jurídicas descritas. El caso paradigmático es un contrato nulo por falta de forma que se confirma con la forma necesaria, pero hay muchísimos más. Por tanto, sería un exceso de teoría sostener, porque sí, que la nulidad de pleno derecho no admite confirmación. Para optar por un concreto régimen jurídico habría más bien que examinar el fin que pretende proteger una determina norma sobre nulidad, es decir, si pretende proteger los intereses de una parte contratante o en cambio el orden público. Es decir, habría que guiarse por un criterio funcional. De esta forma podría determinarse con precisión el régimen jurídico aplicable a nuevos tipos de nulidad creadas *ex novo* por el legislador: legitimación activa, confirmación, prescripción, apreciación de oficio, etc.<sup>128</sup>

<sup>127</sup> Cfr. VAQUERO PINTO, 2021.

<sup>128</sup> PASQUAU LIAÑO, 1997, *passim* y 2000 (b), pp. 774 ss. En este sentido, el artículo 1179 del Código Civil francés reformado por la Ordenanza 2016-131, de 10 de febrero 2016, reza que «la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salva-

Con todo, como se ha explicado, nuestro régimen de nulidad por antonomasia es el regulado en el artículo 1301 CC. Es el único sistema de nulidad estructurado del Código. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1305 CC y 1306 CC, el artículo 1301 CC tiene la función de proteger intereses privados, por eso solo el perjudicado por la nulidad contractual está legitimado para impugnar (art. 1302 CC). En efecto, las normas que establecen nulidades en beneficio de una clase de contratantes limitan a los miembros de esta clase la legitimación para solicitarla. Por tanto, no es una norma que tutele el orden público, pues de ser así debería ser más amplia la legitimación para impugnar. Según los supuestos de hecho del artículo 1301 CC, esta nulidad relativa se caracteriza porque el déficit contractual pertenece a la prestación del consentimiento, bien porque no ha sido aquel correctamente conformado, bien porque no ha prestado su concurso todos los que debían hacerlo. Por tanto, la ineficacia no es por razón de un contenido prohibido. Así pues, en el régimen del artículo 1301 CC la legitimación para actuar es restringida, la nulidad no es apreciable de oficio y está sometida a plazo de prescripción, además de la posibilidad de confirmación (arts. 1309 a 1313 CC). Al ser el régimen mejor acabado, tiene que aplicarse expansivamente o por analogía a los casos no previstos en él, siempre que estos guarden una identidad de razón con el régimen de nulidad regulado. Para ello habrá que analizar caso por caso si la función de la concreta norma de nulidad es proteger intereses privados o públicos, y «también la relación fundamental entre la legitimación de quien actúa y la razón que hace nulo el contrato cuya ineficacia se pretende»<sup>129</sup>.

Por consiguiente, debe analizarse si el régimen de nulidad por falta de transparencia es semejante o guarda identidad de razón con el régimen de nulidad del artículo 1301 CC<sup>130</sup>. Pues bien, como he

---

guarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado». Asimismo, el artículo 233 del Libro Sexto Código Civil Holandés, tratándose de condiciones generales, y en coherencia con el artículo 40.2 del Libro tercero, establece que «si la disposición tiende exclusivamente a la protección de una de las partes (...) conduce a la anulabilidad (...) en cuanto no se derive de la finalidad de la disposición otro sentido». Cfr., también, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, 1977, pp. 647-648; DELGADO ECHEVERRÍA, 2015; CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2017 (b) y LÓPEZ Y LÓPEZ, 2022, pp. 575-596.

<sup>129</sup> CARRASCO PERERA, 2021 y *Revista CESCO*, 2017, p. 96. Así, en materia de productos financieros complejos, aunque la realización de los test de conveniencia y de idoneidad no tiene una conexión totalmente directa con la formación correcta del consentimiento del inversor, la jurisprudencia civil ha rechazado que pueda hablarse aquí de una nulidad por razón de contenido o de orden público del artículo 6.3 CC, y ha reconducido sistemáticamente los vicios en la contratación de productos financieros a la nulidad relativa por error o dolo en el consentimiento (por todas, STS 12/2017, 13 de enero, P. Rafael Saraza Jimena).

<sup>130</sup> Dejaremos por ahora de lado el estudio del artículo 83.2 TRLGDCU, introducido por la LCCI, que no constituye derecho vigente para los supuestos que se abordan en este estudio.

considerado con anterioridad, no es lo mismo una cláusula abusiva por falta de transparencia material y otra que lo fuera por incurrir en cualquiera de los criterios de abusividad descritos en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU<sup>131</sup>. La esencia del deber de transparencia de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato es entendida como un deber de proporcionar una serie de información que permita al consumidor una representación fiel del impacto económico y jurídico que supondrá en el contrato la cláusula que fuese. Si el tipo de vicio contractual afecta a la prestación adecuada del consentimiento, se trata entonces de un vicio perteneciente a la clase de la anulabilidad o nulidad relativa<sup>132</sup>. En efecto, la falta de transparencia no es un vicio de contenido, sino más bien un fenómeno similar a los vicios del consentimiento por error<sup>133</sup> (o dolo<sup>134</sup>). Como en ocasiones ha afirmado la jurisprudencia, la cláusula suelo carece de transparencia porque «induce a error» al cliente sobre un aspecto esencial del contrato<sup>135</sup>. En mi opinión, lo anterior queda demostrado en materia de préstamos hipotecarios referenciados en divisa extranjera, cuando se observa que, en realidad, la jurisprudencia civil no lleva a cabo un control de transparencia, sino un juicio de ineficacia contractual por vicio del consentimiento<sup>136</sup>. Asimismo, el control del consentimiento del cliente en la adquisición de productos financieros recuerda mucho a un control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato. En efecto, por un lado, la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la

<sup>131</sup> Con todo, como explicaré más detalladamente luego, la jurisprudencia civil ha considerado que la falta de transparencia de determinadas cláusulas, como la suelo o la multidivisa, trae consigo un desequilibrio sustancial, por lo que en esos contextos la falta de transparencia equivale a la abusividad (cfr. por todas, STS 642/2018, de 20 noviembre, P. Javier Orduña Moreno).

<sup>132</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2017, p. 95. La STS 171/2017, 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo, sostiene que el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento *de prestar su consentimiento*.

<sup>133</sup> AGÜERO ORTIZ, *Revista CESCO*, 2017, p. 177 y FENOY PICÓN, *ADC*, 2018, pp. 1037-1040.

<sup>134</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2017. Lo cierto es que la descripción de lo que constituye una falta de transparencia «abusiva» coincide parcialmente con la definición estándar de dolo *in contrahendo*: información que engaña o es susceptible de engañar al destinatario y actúa sobre la voluntad negocial del consumidor para hacerle tomar una decisión de compra que no hubiera tomado en otras circunstancias. Tanto la regulación del dolo grave (nulidad) como la de la incidental (que solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios), pueden fundamentar una restitución de los intereses pagados por una cláusula suelo nula por dolo o, si se quiere, no transparente (Cfr. MORALES MORENO, 1989).

<sup>135</sup> STS (Pleno) 705/2015, 23 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>136</sup> Cfr., por todas, STS (Pleno) 608/2017, 15 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

existencia de un error excusable<sup>137</sup>. De otro, que el predisponente no proporcione la información necesaria puede ser un factor determinante para considerar que una cláusula que regula un elemento esencial del contrato no es transparente<sup>138</sup>.

Con todo, la jurisprudencia ha establecido diferencias entre ambas figuras<sup>139</sup>. En primer lugar, se afirma que en la evaluación de la transparencia se produce un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, mientras que en el error vicio las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo. Mas nótese que esta declaración no sería coherente con la jurisprudencia que tiene en cuenta el perfil cualificado del consumidor para considerar transparente una cláusula<sup>140</sup>. En segundo lugar, se argumenta que la apreciación del error vicio tiene como consecuencia la nulidad total del contrato, mientras que la falta de transparencia solo provoca la nulidad de la cláusula y la subsistencia del resto del contrato. Pero la doctrina ha defendido una conclusión distinta, razonando que la nulidad por error en el consentimiento podría afectar a una sola cláusula<sup>141</sup>. De hecho, aunque es cierto que la jurisprudencia dominante se decanta por la nulidad total del préstamo multidivisa en caso de apreciarse error en el consentimiento del cliente<sup>142</sup>, también se ha aceptado una nulidad parcial por error, cuando ha sido solicitada por el cliente y no opuesta por la entidad<sup>143</sup>. En consecuencia, se ha criticado que la diferencia de trato entre la nulidad por falta de transparencia y por error vicio produce situaciones confusas<sup>144</sup>.

En mi opinión, la nulidad por falta de transparencia tiene como función proteger intereses privados, en concreto los del consumidor

---

<sup>137</sup> La STS 282/2017, 10 de mayo, P. Francisco Marín Castán, declara «la nulidad del contrato por concurrencia de error en el consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial». Con todo, aclara la STS 292/2017, 12 de mayo, P. María de los Ángeles Parra Lucán, que el incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia de error vicio, pero puede incidir en la apreciación de este, en tanto que la información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

<sup>138</sup> La STS 138/2015, 24 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena, entre otras, vincula transparencia e información exigible. Asimismo, las SSAAPP de Alicante, 12 junio de 2014, de Madrid, 21 julio de 2015 y de Sevilla, 29 diciembre 2016.

<sup>139</sup> Por todas, STS 367/2017 de 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>140</sup> STS 642/2020, 27 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>141</sup> A mi juicio, como razona CARRASCO PERERA, 2019, pp. 522-548, no tiene sentido afirmar que no es posible una *nulidad relativa parcial*, cuando es posible una nulidad parcial por «abusividad» (art. 83 TRLGDCU).

<sup>142</sup> STS 80/2021, 15 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>143</sup> STS 390/2021, 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>144</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 462.

adherente, por eso el predisponente no puede invocarla ni puede imponerse en contra de los intereses del aquel (cfr. art. 8 LCGC). Quizás lo más acertado sería afirmar que la nulidad por falta de transparencia es una nulidad de pleno derecho relativa<sup>145</sup>. Que la transparencia tiene como finalidad proteger intereses privados se demuestra en que las partes, por mutuo consenso, pueden considerar transparente la cláusula litigiosa y centrar la controversia en los efectos reparatorios de la nulidad sobre las cantidades pagadas en exceso<sup>146</sup>. Por todo lo expuesto, creo que el régimen de nulidad del artículo 1301 CC debe aplicarse expansiva o analógicamente a la nulidad por falta de transparencia de cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato<sup>147</sup>. Por consiguiente, la nulidad por falta de transparencia de una cláusula suelo se puede convalidar por confirmación<sup>148</sup>, al igual que un déficit de consentimiento es confirmable, siempre que se cumpla con lo preceptuado en el artículo 1311 CC<sup>149</sup>. Lo que no se puede confirmar es un contrato o una cláusula sobre la que no se haya pres-

<sup>145</sup> Afirma MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 474-480, en relación con el régimen de nulidad del artículo 8 LCGC, que se trata de una nulidad relativa porque trata de proteger únicamente al adherente, que es el único que la puede invocar. Además, según el autor citado, podría ser apreciada de oficio, pero no en contra del interés de la parte protegida. También se trata de una nulidad de pleno derecho, porque opera por obra de la ley, y no de la sentencia que la aprecie. Es decir, se trata de una nulidad inicial en beneficio del consumidor adherente que no necesita ejercer ninguna acción para obtener la nulidad. Puede el protegido invocarla mediante acción, excepción o ser favorecido por la apreciación de oficio. Por su parte, la STJUE 4 junio 2009, asunto C-243/08, declara que «el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

<sup>146</sup> Cfr. STS 487/2017, 20 de julio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>147</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2017. Aunque la transparencia es un fenómeno que afecta a la prestación del consentimiento, se ha argumentado que la *ratio* del control es la protección del orden público o colectivo, y no el individual, pues se protege a una categoría de contratantes: el consumidor frente al profesional. En este sentido, SARAZA JIMENA, 1994, p. 25, afirma que al interés individual que cada adherente tiene en el contrato, considerado aisladamente, trasciende un interés general: el interés de los ciudadanos. En la misma dirección, MIRANDA SERRANO, *Indret*, 2018, p. 39, sostiene que la apreciación del carácter sorprendente o no transparente de una cláusula puede realizarse de oficio por el juez, lo que se casaría muy bien al carácter de orden público de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, dictada en desarrollo del artículo 51 CE. Con todo, que la nulidad por falta de transparencia pretende proteger los intereses del consumidor adherente queda demostrado, en mi opinión, porque el juez no puede imponerla en contra de su voluntad y porque el predisponente no puede instarla.

<sup>148</sup> CARRASCO PERERA, 2021. En contra, la STS 454/2020, 23 de julio, P. Pedro José Vela Torres, parece entender que la confirmación tendrá sentido si el ámbito del enjuiciamiento fuera el propio de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento, pero no el de la transparencia de condiciones generales de los contratos. Más claramente, la jurisprudencia posterior sobre la cláusula suelo ha declarado que las «normas que se denuncian infringidas, que regulan la confirmación de los contratos anulables, no resultan de aplicación a los casos de nulidad absoluta, en general, y en particular a la nulidad las cláusulas abusivas» (por todas, STS 91/2022 3 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo). También la doctrina: PASQUAU LIAÑO, 2000, pp. 278, 283 y 774-778 y GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015.

<sup>149</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, 1982.

tado consentimiento, a tenor del artículo 1310 CC<sup>150</sup>. Por la misma razón, la acción de restitución de las cantidades entregadas en aplicación de una cláusula suelo no transparente debe estar sometida a un plazo de prescripción<sup>151</sup>, aunque esta afirmación no ha sido realizada explícitamente por la jurisprudencia<sup>152</sup>.

El artículo 1311 CC admite la confirmación expresa y la confirmación tácita. La confirmación expresa es una declaración unilateral de voluntad por la que el legitimado para impugnar manifiesta la voluntad de confirmar (art. 1312 CC), es decir, de conferir definitivamente eficacia al contrato anulable<sup>153</sup>. Por otra parte, la confirmación tácita es la que normalmente se fiscaliza por los tribunales, seguramente porque siempre es más difícil determinar con precisión la voluntad real de una declaración no expresa. Según el artículo 1311 CC, hay confirmación tácita cuando «con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo»<sup>154</sup>. Así pues, puede razonarse que el prestatario del caso comentado tenía, por un lado, conocimiento de la causa de nulidad, pues por eso se quejó al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, alegando que no se le había informado del funcionamiento de la cláusula, y pidiendo finalmente a su banco que se le redujera<sup>155</sup>. Por otro lado, la causa de nulidad puede cesar, siempre que el consumidor salga de la situación de desconocimiento en la que se encontraba y pueda comprender la carga económica y jurídica de la cláusula. En este caso, no subsiste la razón de la protección impuesta por «la norma», pues sobrevenida la comprensión real de la cláusula, decae el interés privado protegido por el control de transparencia. Si tras la celebración del contrato, el desconocimiento sobre la cláusula desaparece, el control de transparencia agota su finalidad y el contratante perjudicado

<sup>150</sup> STS 654/2015, 19 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>151</sup> CARRASCO PERERA, 2017, que, aplicando expansivamente el artículo 1301 CC, sostiene que la acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando «han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado». En contra, MARTÍNEZ ESPÍN, 2020

<sup>152</sup> La STS 118/2022, 15 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena, únicamente afirma que, en los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el artículo 1301 CC para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato, lo que muestra que la extinción del préstamo hipotecario no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula suelo.

<sup>153</sup> COLÁS ESCANDÓN, 2013 (a).

<sup>154</sup> Como dice DELGADO ECHEVERRÍA, 2015 (b), no se puede querer confirmar aquello que no se sabe que es impugnabile, ni sería válida la confirmación afectada del mismo vicio que el contrato a que se refiere.

<sup>155</sup> En este sentido, AGÜERO ORTIZ y VALENCIA CUENCA, *Blog CESCO*, 2017.

puede convalidar. Pues bien, creo que el consumidor tenía información que le permitía conocer la carga jurídica y económica de la cláusula suelo, pues si no tuviera conocimiento de ello no habría solicitado que se le suprimiese<sup>156</sup>. Porque si el cliente no sabe que la cláusula suelo impide que el tipo de interés no baje de un determinado umbral, es imposible que pida que se le elimine. Pero si lo sabe es posible que sí lo haga.

Además, puede ser un hecho relevante a efectos de apreciar la confirmación que el prestatario, aun sabiendo que la cláusula suelo podía ser nula, siguiera realizando pagos, es decir, cumpliendo el contrato<sup>157</sup>. En efecto, aunque no comportan confirmación los actos ejecutados por el contratante en cumplimiento del contrato mientras persista la situación de error o fraude que hubiera permitido impugnarlo, sí comportan confirmación los actos de cumplimiento del contrato si ha cesado el vicio que permitía impugnarlo<sup>158</sup>. Si se produce la confirmación, se extingue la acción de nulidad (art. 1309 CC) mediante la convalidación del contrato, con efecto retroactivo, a través de la ficción de considerar que el contrato ha sido plenamente válido desde su celebración (art. 1313 CC: «purifica los vicios desde el momento de su celebración»)<sup>159</sup>. En ese caso, si el consumidor reclama contra la cláusula o contrato confirmado, iría contra sus «propios actos». En nuestro caso, el «acto propio» es la solicitud de eliminación, que es sinónimo de acto confirmatorio. Ahora bien, solo los «actos propios» que «revelen una vinculación jurídica» son los que producen efectos confirmatorios<sup>160</sup>.

En efecto, nótese que la jurisprudencia, que conoce de recursos sobre productos financieros complejos, es bastante rigurosa a la hora de admitir que un determinado acto supone una confirmación tácita. En virtud de esta jurisprudencia, recaída en los últimos años, es difícil establecer un criterio preciso que determine cuándo un acto es susceptible de considerarse como una confirmación tácita<sup>161</sup>. Así, bajo el complejo argumento, enunciado por algunos autores, de que la confirmación tiene un contenido y alcance más amplio que el de la voluntad de desprenderse de la acción de anulación

<sup>156</sup> Ahora bien, podría comprenderse que el consumidor ha salido de esa situación de desconocimiento solo si queda probado que el prestamista le ha proporcionado la información necesaria (cfr. STS 158/2022, 1 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres). Con todo, según la STJUE 25 abril 2015, asunto C-96/14, la información contenida en el contrato no es el único factor para determinar la transparencia de una cláusula.

<sup>157</sup> PASQUAU LIAÑO, 1997, p. 339 y CLAVERÍA GOSÁLVEZ, 1977, pp. 233 ss.

<sup>158</sup> STS 344/2017, 1v de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>159</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>160</sup> STS 132/2022, 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>161</sup> VAQUERO PINTO, 2021.

(cfr. art. 1309)<sup>162</sup>, la jurisprudencia afirma que «el análisis de si los hechos realizados por el legitimado para impugnar el contrato comportan su confirmación no se dirige a identificar una voluntad autónoma de renuncia a la acción. En cambio, a partir del análisis del comportamiento del titular de la acción se concluye si su conducta es jurídicamente significativa para entender que ha confirmado el contrato y, si es así, el confirmante ya no podrá impugnarlo. “En la confirmación tácita esa voluntad debe manifestarse mediante actos concluyentes, mediante un comportamiento del que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar”»<sup>163</sup>.

Para casos muy similares al que es objeto de comentario, la jurisprudencia sostiene que la finalidad del acto no era confirmar, y sí más bien evitar el empobrecimiento que suponía seguir aplicando la cláusula suelo en vez de un tipo de interés más reducido<sup>164</sup>. Es decir, la solicitud de reducción del tipo suelo solo trata de evitar un mayor endeudamiento y mayores males derivados del devengo de un tipo de interés superior, por lo que no supone confirmación<sup>165</sup>. La solicitud de rebaja solo evidenciaría la desavenencia del consumidor con la entidad bancaria acerca de la cláusula suelo. Por eso el acto confirmatorio debe crear una expectativa razonable para la entidad bancaria, que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte del confirmante que descartara cualquier reclamación del contrato o la cláusula controvertida<sup>166</sup>. Por consiguiente, según la jurisprudencia referida, un acto por el que el consumidor solicita la rebaja del tipo suelo, accediendo el banco a ello, no convalida por confirmación la nulidad de la cláusula suelo primigenia.

En segundo lugar, la sentencia declara que al tratarse de una nulidad absoluta o de pleno derecho, operaría la previsión del artículo 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula. El artículo 1208 CC reza que «la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». La primera parte del precepto, «la obligación es nula si lo fuere también la obligación primitiva», significa que cuando el

<sup>162</sup> Según DELGADO ECHEVERRÍA, 2015 (a), a pesar de la literalidad del artículo 1309 CC, la confirmación es bastante más que una causa de extinción de la repetición, pues esta en nada altera la inicial invalidez del contrato. El artículo 1313 CC lo prueba, al afirmar que «la confirmación purifica al contrato». Le sigue GARCÍA VICENTE, 2013. En contra, GULLÓN BALLESTEROS, ADC, 1960, pp. 1195 ss., y PASQUAU LIAÑO, 1997, p. 320 a 326.

<sup>163</sup> Por todas, STS 64/2019, 23 de octubre, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>164</sup> STS 109/2019, 19 de febrero, P. Javier Arroyo Fiestas.

<sup>165</sup> STS 139/2022, 21 de febrero, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>166</sup> STS 57/2016, 12 de febrero, P. Javier Orduña Moreno.

contrato es inexistente, toda novación ulterior se apoya sobre la nada<sup>167</sup>. En efecto, para que se entienda novada una obligación en cualquiera de las formas que establece el artículo 1203 CC es necesario que conste la existencia de esa obligación primera. Así, cuando un incapaz natural se obliga como prestatario, y posteriormente concede una garantía, no se puede decir que el préstamo exista, y por tanto la aportación de la garantía será nula. Es un predicado lógico, no normativo. Y cuando la lógica no funciona, tampoco ha de valer la limitación al alcance de la confirmación<sup>168</sup>. Por ello, la norma no se puede aplicar si la novación consiste precisamente en la eliminación del vicio que hacía nulo al contrato o la cláusula. Esto es lo que significa la segunda excepción que prevé el precepto: «a no ser que la ratificación convalide los actos nulos en su origen»<sup>169</sup>. Por tanto, no podemos apoyarnos en la primera parte del artículo 1208 CC para sostener que es nula toda novación o contrato posterior que verse sobre un contrato o una cláusula anterior también nula. Lo que quiere decir esta parte del precepto, en combinación con la excepción transcrita, es que la novación será nula si adolece del mismo vicio que hacía nula la obligación primigenia, pero no si la corrige<sup>170</sup>. Por tanto, si la novación es aceptada por aquella parte que puede instar la acción de nulidad cuando ya conocía el vicio de la obligación primera, y cuando este había cesado, debiera entenderse tal actitud como expresión de confirmar la obligación nula, haciéndose definitivamente regular la obligación existente<sup>171</sup>. Además, la novación no tiene causa en la validez de la cláusula suelo original, lo que provocaría que la nulidad de la cláusula suelo arrastraría a la de la cláusula causalmente vinculada<sup>172</sup>. Tampoco la novación es accesoria de la cláusula suelo, de modo que la nulidad de esta no se propaga a aquella (arts. 1155. II y 1824. I CC). Conforme a la voluntad presunta de las partes, es evidente que, aunque la cláusula originaria fuera nula, estas querían la validez de la novación.

Cuestión distinta es si esa novación tiene efectos retroactivos o confirmatorios, e impide instar la nulidad de la cláusula suelo. Es decir, si la misma novación puede servir como acto confirmatorio de la obligación primigenia. Nótese que cuando la novación es aceptada

<sup>167</sup> SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 334.

<sup>168</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>169</sup> Afirma SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 336, que el precepto se refiere a que si una persona capaz hace una novación que extingue otra preexistente contraída por la misma cuando era incapaz, debe entenderse que es lo mismo que si convalidara, ya en estado de capacidad, la obligación anteriormente contraída. Pero para que la novación sea válida deberá reunir las condiciones que a la convalidación se exigen en el artículo 1311 CC, es decir, que se haga con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado.

<sup>170</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2017.

<sup>171</sup> SANCHO REBULLIDA, 1964, p. 337.

<sup>172</sup> Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, *CDJ*, 1994, p. 70 a 71.

por aquella de las partes legitimada para ejercitar la acción de anulación, su consentimiento novatorio puede ser valorado como una confirmación tácita, siempre que concurren los requisitos que para ella exige el artículo 1311 CC, es decir, conocimiento de la causa de nulidad y haber esta cesado<sup>173</sup>, que, a mi juicio, es lo que podría inferirse de los hechos del caso comentado. Aunque existen novaciones con efectos no retroactivos, como ocurre con las novaciones de préstamos hipotecarios en las que se amplía capital o se modifican intereses<sup>174</sup>, el artículo 1208 CC no es un obstáculo para sostener que la novación tenga efectos retroactivos, teniendo en cuenta además lo que ordena el artículo 1313 CC. La retroactividad o no de la eficacia confirmatoria no depende de la propia naturaleza de la novación, sino de una conducta significativa de las partes y de que no se perjudiquen intereses de terceros<sup>175</sup>. Con todo, tanto la sentencia comentada como la jurisprudencia posterior han demostrado que la modificación de la cláusula suelo, cuyo único objeto era reducirla, «no sana la nulidad de la cláusula suelo modificada, que fue introducida en la escritura (...) con falta de transparencia y no puede producir efecto alguno»<sup>176</sup>. La validez de la cláusula suelo dispuesta en el contrato de novación del crédito no supone convalidar la eventual nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo originario<sup>177</sup>. Así, la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior. En efecto, esta jurisprudencia interpreta que, aunque la novación pueda regular válidamente los efectos «nuevos», en cambio no sirve para dotar retroactivamente de validez a los efectos nulos que ya se habían producido en virtud de la obligación primera. En estos casos, el artículo 1208 CC vendría a afirmar que la sanación novatoria no produce efectos retroactivos.

Por otra parte, la sentencia sostiene que no es aplicable la primera excepción del artículo 1208 CC, «salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor», dado que la abusividad o falta de transparencia no es solo alegable por el deudor, sino que también puede ser apreciada de oficio. Con todo, esta excepción no está pensado en una novación objetiva, sino en la novación que consiste en el cambio de deudor, y que, para tal supuesto, excluye de la propagación de nulidad la que responde a causas personalísimas del antiguo deudor, que no puede alegar el nuevo. Cuando el

<sup>173</sup> SANCHO REBULLIDA, 2015 (b) y GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2021 (a).

<sup>174</sup> Cfr. RDGSJFP 183/2022, de 22 diciembre.

<sup>175</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2021, p. 58.

<sup>176</sup> SSTs 489/2018, 13 de septiembre y 675/2019, 17 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>177</sup> STS 548/2018, 5 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

acto novatorio no esté afectado de causa de nulidad y en el nuevo deudor no concurra la causa de nulidad que afectaba al antiguo, la *nova obligatio* es válida<sup>178</sup>.

Además, se ha dicho que, si en vez de una novación fuera una transacción, no sería aplicable el artículo 1208 CC, porque el CC excluye que las transacciones puedan quedar afectadas por la nulidad del contrato que le sirve de base, por considerar materia disponible mediante transacción la posible nulidad contractual y sus efectos, y por entender, en definitiva, que esa nulidad de la relación primigenia no sería segura al no estar nunca resuelta de antemano. La norma no está propiamente pensando, se argumenta, ni en presuntos acuerdos novatorios respecto de cláusulas ilegales, ni tampoco en acuerdos novatorios suscritos a través del instrumento de una transacción<sup>179</sup>. El artículo 1208 CC no es aplicable, afirman otros, cuando la causa de la nueva obligación es un contrato de transacción celebrado entre acreedor y deudor ante una incertidumbre jurídica sobre la validez de la obligación primitiva<sup>180</sup>. En mi opinión, el artículo 1208 CC sí es aplicable a una novación transaccional, pero ordena que la novación es válida si no incurre en el mismo vicio que hacía nula la obligación primitiva. Otra cosa es que, como trataremos a continuación, el TS haya entendido que la transacción constituida de forma transparente impida ejercitar la acción de nulidad de la cláusula suelo (art. 1816 CC). Además, que la reducción de la cláusula suelo no sea una novación extintiva, sino objetiva, no significa, como afirma cierta jurisprudencia, que no se aplique la consecuencia prevista en la primera parte del artículo 1208 CC<sup>181</sup>. Como digo, esta consecuencia no se aplica si la novación no adolece del mismo vicio que la obligación novada.

Finalmente, parece que la operación enjuiciada no es en rigor una transacción, y no porque el acuerdo no se refleje en un documento, pues existe libertad de forma<sup>182</sup>. No hay transacción, en mi opinión, porque no se aprecia la contraprestación del consumidor, tratándose pues el negocio de una renuncia unilateral. La causa de la novación sería entonces la mera liberalidad del banco (art. 1274 CC). Por tanto, en este caso la cláusula impugnada no podría quedar confirmada por la eficacia contractual propia de la transacción (art. 1816 CC), sino porque la declaración de voluntad del legitima-

<sup>178</sup> SANCHO REBULLIDA, 2015 (b) y GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2021 (b).

<sup>179</sup> RUIZ-RICO RUIZ, *RDBB*, 2018.

<sup>180</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (a) y 2020 (b).

<sup>181</sup> SSTS 89/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo y 361/2019, 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>182</sup> STS 11 marzo 1991, P. Teófilo Ortega Torres. Con todo, apuntaba MANRESA NAVARRO, 1914, p. 112, que la transacción requería forma escrita como requisito *ad solemnitatem* de validez en países como Italia, Holanda y Portugal.

do para impugnar reúna las condiciones del artículo 1311 CC, que no tiene por qué ser la misma cosa<sup>183</sup>.

#### 4. UN CAMBIO DE CRITERIO

La STS (Pleno) 205/2018, de 11 de abril<sup>184</sup> entendió que los dos acuerdos que enjuiciaba no eran meras novaciones, sino transacciones, considerando además que los acuerdos eran válidos. Su argumentación es la siguiente. Los acuerdos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo. Además, en los acuerdos se advierte la causa propia de la transacción, esto es, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. El efecto mediático de la STS 241/2013, de 9 de mayo, y sus consecuencias en la litigiosidad posterior, explica la reseñada situación de incertidumbre y el *animus* de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación.

Además, este supuesto y el de la STS 558/17, de 16 de octubre, antes comentada, son distintos. Dicha sentencia trataba de un caso en que, con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, a instancia del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había accedido a rebajar la cláusula suelo, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción. En aquel caso la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, ya que no constituía un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato. Solo como razón adicional añadió la STS 558/17 que, al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del artículo 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula. Pero lo que verdaderamente distingue la STS 558/2017 del presente caso, es que en aquella no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al

---

<sup>183</sup> Según CARRASCO PERERA, 2021, no se trata de procesos equivalentes, pues podría darse el caso de que el confirmante no pudiera impugnar la transacción, y sin embargo su declaración transaccional no reuniera las condiciones del artículo 1311 CC para confirmar el contrato subyacente a la transacción.

<sup>184</sup> P. Ignacio Sancho Gargallo.

previsto para otros compradores de la misma promoción. De tal forma que, la sala considera que lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que solo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia.

Con todo, la Sala afirma que la relación jurídica nacida de la transacción no puede conculcar la ley. En este sentido, la transacción del presente caso no contraviene la ley, pues nos encontramos ante una materia disponible. En efecto, no se debe negar la posibilidad de que pudiera transigirse en los contratos con consumidores, máxime cuando existe una clara voluntad de favorecer la solución extrajudicial de conflictos también en este ámbito por parte de la propia Unión Europea<sup>185</sup>, que ha impulsado en los últimos años normas relevantes para la solución extrajudicial de los conflictos, como la Directiva 2013/11/CEE, de 21 de mayo, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo<sup>186</sup>. Además, el RD-1 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, expresamente admite la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo. A mayor abundamiento, estando pendiente la resolución de los recursos de casación en casos en que estaba en cuestión una cláusula suelo, se han homologado las transacciones alcanzadas por las partes<sup>187</sup>. Asimismo, en el ámbito del contrato de seguro, se ha admitido la validez del acuerdo extrajudicial por el que la aseguradora y el perjudicado convienen

---

<sup>185</sup> Los principios de autonomía privada (principio dispositivo) y de buena administración de la Justicia, que amparan la facultad de los demandantes de desistir o renunciar, en todo o en parte, a un recurso en materia civil y mercantil, están también reconocidos en el ámbito de la legislación europea. En particular, el artículo 147.1 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, de 29 de septiembre de 2012, establece que «si, antes de que el Tribunal resuelva, las partes llegan a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio e informaran al Tribunal de que renuncian a toda pretensión, el presidente ordenará el archivo del asunto (...)».

<sup>186</sup> El artículo 2.1 de la Directiva 2013/11/CEE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, se refiere a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa «que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa», expresión que alude tanto al arbitraje como a la mediación. En cualquier caso, la Directiva admite, además, que en los Estados miembros se articulen otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en relación con los consumidores, siempre que se ofrezcan garantías suficientes para la protección y el adecuado respeto de sus derechos. Dicha Directiva se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

<sup>187</sup> AATS 8 de junio 2016, P. Javier Arroyo Fiestas y 6 de julio 2016, P. Eduardo Baena Ruiz.

una determinada indemnización<sup>188</sup>. Y en el ámbito de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se ha considerado que el acuerdo entre los compradores y el promotor por el que se conviene la devolución de una parte del precio recibido a cuenta es una transacción válida, alcanzando incluso una rebaja en la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente<sup>189</sup>.

Revela además el TS que la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, debido a la concurrencia de elementos singulares que las partes tienen en cuenta, como los costes del litigio, la incertidumbre del resultado o la incomodidad que produce cualquier litigio con independencia de su resultado. Así, partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad, siendo el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones los elementos fundamentales de la transacción, conforme al artículo 1809 CC. En el presente caso, existía una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que, si se constataba la falta de transparencia, sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, esta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5%, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad.

Por el modo predispuerto en que se ha propuesto y aceptado la transacción, el TS considera que es preciso comprobar que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario. En el presente caso, el cumplimiento de estos deberes de transparencia viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública de la STS 241/2013, de 9 de mayo, era notoriamente conocido no solo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determina-

<sup>188</sup> STS 87/2015, 4 de marzo, P. Sebastián Sastre Papiol.

<sup>189</sup> STS (Pleno) 459/2017, 18 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz.

ción del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia. En este contexto los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de su puño y letra el texto en que se afirma lo siguiente: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual». Esta transcripción manuscrita de la cláusula no equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, pero es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, señala la sala que ha sido la forma usual empleada después de la STS 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia.

Finalmente, se apunta que la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el artículo 222 LEC, por lo que no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos. En virtud de todo lo expuesto, se declara la validez de los contratos de transacción por los que el banco se compromete a reducir la cláusula suelo y el consumidor a no interponer acciones en relación con el tiempo en que esta se aplicó.

Pues bien, creo necesario realizar ciertas apreciaciones sobre esta sentencia y su relación con la STS 558/2017. En primer lugar, la STS 205/2018 admite «el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción». Tema dudoso, sobre el que trataré con posterioridad. Únicamente adelantar que la ausencia de negociación en las condiciones del préstamo hipotecario no supone la ausencia de negociación en la novación objetiva del mismo. Como demuestra la jurisprudencia, una cláusula puede ser negociada, aunque ella modifique una cláusula no negociada en un contrato anterior<sup>190</sup>.

En segundo lugar, tanto en el caso de la STS 558/17 como en el de la STS 205/2018 se producen novaciones de los préstamos hipotecarios. Pero repárese que en la STS 205/2018 el TS afirma que no hubo una mera novación, para no aplicar la doctrina sentada en la previa STS 558/2017, donde sostuvo que si la cláusula suelo era nula también habría de reputarse así la novación modificativa de la cláusula

<sup>190</sup> Entre otras, SSTS 89/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo y 361/2019, 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena. En la doctrina, PASQUAU LIAÑO, 2000, p. 290 y MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

(*ex art.* 1208 CC)<sup>191</sup>. En efecto, la sentencia 205/2018 se afana en razonar que la estructura del acuerdo es la propia de la transacción, no de la novación, para no aplicar el artículo 1208 CC. Con todo, la STS 205/2018 entiende que, aunque la cláusula de origen puede pecar de falta de transparencia, como en nuestro caso, esta falta de transparencia no tiene por qué reproducirse en la novación, si dicha novación se ha producido con la transparencia exigible. En efecto, según la sentencia, cuando se produce la novación el consumidor conoce la repercusión de la cláusula en la economía del contrato y que estas cláusulas se están anulando por los tribunales, no siendo necesaria información sobre otros escenarios alternativos. Parece que no es razonable entender que pudiera reproducirse una declaración de falta de transparencia de la novación cuando era un tema notorio y de opinión pública la controversia suscitada en torno a las cláusulas suelo, y cuando el prestatario transcribe de su puño y letra que entiende que el tipo de interés no bajará del tipo suelo.

Ahora bien, la jurisprudencia sobre productos financieros complejos sostiene que para la entidad de servicios de inversión la obligación de información es una «obligación activa», no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene «obligación de facilitar» la información que le impone la normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión<sup>192</sup>. En este sentido, en un caso de subrogación y novación modificativa del préstamo hipotecario (reducción de la cláusula suelo), el TS ha considerado que para que la novación sea transparente la entidad financiera tiene que probar que en alguna de «las fases contractuales que llevaron a la formalización de la referida escritura, suministró al cliente un plus de información previa y tratamiento principal de la cláusula suelo insertada en la novación modificativa que le permitiera adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba la aplicación de la citada cláusula»<sup>193</sup>. Con todo, en este último caso, a diferencia del tratado por la STS 205/2018, el contrato de novación no contenía una expresión manuscrita por la que el prestatario afirmaba que entendía el funcionamiento de la cláusula suelo y, además, no se aprecian concesiones recíprocas de las partes y, por lo tanto, no se trataba de una transacción.

<sup>191</sup> Nótese que el voto particular a la STS 205/2018, 11 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo, emitido por Javier Orduña Moreno (en su FJ 3.º, ap. 3), sostiene que la nulidad de la cláusula abusiva provoca la ineficacia de los actos que traigan causa directa de esa cláusula. Por lo tanto, comprende que la nulidad absoluta de la cláusula abusiva se extiende también al acuerdo novatorio posterior, pues mediante este se persigue «moderar» o «convalidar» una ineficacia inicial.

<sup>192</sup> STS 355/2022, 3 de mayo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>193</sup> STS 101/2019, 18 febrero, P. Javier Orduña Moreno.

En tercer lugar, observemos que en el caso comentado la transacción sí sirve para sanar la cláusula suelo no transparente, con efectos retroactivos<sup>194</sup>. En efecto, se da una «fuerza confirmatoria superior» porque se ha producido una novación y una renuncia clara y manifiesta a la acción de nulidad, es decir, una transacción y no una mera novación. La «fuerza convalidante» de la transacción es pues superior a la de la novación (art. 1816 CC). Nótese que, en la confirmación, el intento práctico del confirmante se dirige a suprimir la incertidumbre sobre la vigencia de la regla negocial, mediante el efecto que la ley atribuye al acto confirmatorio<sup>195</sup>. También en la transacción las partes pretenden suprimir, mediante recíprocas concesiones, la incertidumbre sobre una determinada regla negocial. Lo que sucede es que en la transacción sí que suele existir una renuncia expresa de una de las partes, la cual constituye su contraprestación. Por consiguiente, toda transacción que contenga una renuncia a acciones de nulidad ceñidas al contrato originario es una transacción válida que contiene una renuncia válida, con efectos retroactivos. Y no tiene sentido que divaguemos si la transacción supone una convalidación de la cláusula suelo o simplemente una renuncia a ejercitar la acción de nulidad. Porque si negamos que la transacción sirve para sanar por confirmación la cláusula suelo original, pero, en cambio, aceptamos que sí sirve como renuncia a la acción de nulidad, entonces la consecuencia práctica es la misma. Como se ha dicho, renuncia y confirmación son dos figuras distintas, si bien la segunda tiene como efecto práctico más importante la extinción de la acción, y sin perjuicio de que cuando la renuncia procede de la única persona legitimada para ejercitar la acción de anulación se produzca un efecto prácticamente idéntico al propio de la confirmación<sup>196</sup>.

Ahora bien, no está de más apuntar que la jurisprudencia, que conoce de productos financieros complejos, ha entendido que no es válida la renuncia del inversor a ejercer la acción de nulidad del contrato si la entidad financiera obligó al inversor a aceptar dicha renuncia en un breve periodo de tiempo o si el inversor la aceptó para no arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial inmediata y absoluta, y, en definitiva, si la imposición de la renuncia se produce en una situación límite de la que el cliente no es responsable. Además, en estos casos en los que se declara ineficaz la renuncia al ejercicio de acciones, la contraprestación que resultaba condicionada a dicha renuncia

---

<sup>194</sup> Afirma GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 130, que la retroactividad es una característica natural de la transacción.

<sup>195</sup> CLAVERÍA GOSÁLVEZ, 1977, pp. 68-69 y 95.

<sup>196</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, 2015 (b).

estaba sometida a unas bases y condiciones imprecisas<sup>197</sup>. Asimismo, la renuncia ha de ser inequívoca respecto de la subsanación del error invalidante en el que incurrió el cliente en el momento de la suscripción del contrato<sup>198</sup>. Con todo, en la transacción objeto de nuestro estudio no se obliga al consumidor a renunciar en un breve periodo de tiempo, ni tampoco el consumidor renuncia para no arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial «absoluta». Además, la contraprestación del banco (reducción o supresión de la cláusula suelo) no está sometida a unas bases ambiguas. Por consiguiente, y como regla, es válida toda transacción que cumpla los siguientes requisitos: contener una terminante e inequívoca renuncia a acciones de nulidad ceñidas al contrato originario, que el prestatario no haya tenido que aceptar la renuncia por una situación angustiosa de la que no es responsable y que la contraprestación del banco no esté sometida a bases o condiciones oscuras. Mas como veremos con posterioridad, para que la cláusula de renuncia sea transparente el consumidor no solo debe conocer a qué renuncia (carga jurídica) sino a cuánto renuncia (carga económica).

En cuarto lugar, la STS 205/2018 asevera que es preciso comprobar que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Pero, en teoría, lo que habría que examinar es la transparencia de las cláusulas del contrato de transacción, siempre que se consideren no negociadas, como son la reducción de la cláusula suelo y la renuncia de acciones. Repárese que estas cláusulas reflejan las prestaciones correspondientes del contrato de transacción, por lo que únicamente cabe entrar a apreciar su abusividad si no se consideran transparentes (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). En cambio, el negocio en su conjunto debería someterse a las reglas generales y a un examen sobre vicios de la voluntad. En este sentido, la jurisprudencia, ante una alegación de falta de transparencia de un contrato de fianza solidaria dispuesto en una cláusula de la escritura de préstamo hipotecario, ha negado que la fianza sea una mera cláusula o condición general del contrato de préstamo o crédito hipotecario y, por tanto, no cabría pretender que un contrato de fianza en su totalidad quede sometido al control de transparencia. Por tanto, no es posible practicar el control de transparencia de la fianza sobre la base de

<sup>197</sup> STS (Pleno) 137/2019, 6 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena y AATS 22 de mayo 2019, P. Francisco Martín Castán e Ignacio Sancho Gargallo. Es constante la jurisprudencia que declara que «la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos» (por todas, STS 57/2016, 12 de febrero, P. Francisco Javier Orduña Moreno).

<sup>198</sup> STS 132/2021, 9 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

unas acciones que, en principio, están previstas legalmente no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas. Así, lo que cabría practicar es un control de la fianza conforme a las normas generales sobre error o dolo en el consentimiento. Pero las cláusulas que conforman el contrato de fianza, en concreto la cláusula de renuncia de los beneficios de excusión, orden y división, al ser elementos esenciales de dicho contrato, solo están sujetas al examen de transparencia, sin perjuicio de que la fianza en su conjunto pueda ser considerada abusiva cuando esté incurra en la proscripción de la imposición de garantías desproporcionadas (art. 88 TRLGDCU)<sup>199</sup>. De la misma forma, no sería admisible o se desestimaría una alegación de nulidad de la cláusula de afianzamiento por vicios del consentimiento<sup>200</sup>. En mi opinión, lo anterior demuestra la cercanía que existe entre el control de transparencia sobre las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato y el control del consentimiento prestado por error<sup>201</sup>. En conclusión, para que el consumidor preste su consentimiento de forma no viciada a la transacción, y en definitiva para que la transacción sea transparente, aquel debe conocer la existencia de una controversia sobre la cláusula suelo, y que por ello renunciaba a reclamar su (eventual) nulidad y a ver restituida una suma de dinero (de carácter contingente), a cambio de una reducción de la cláusula suelo y, por consiguiente, de pagar menos intereses.

Finalmente, parece que la sentencia resuelve que la expresión manuscrita impuesta por la ley no satisface el deber de transparencia material y solo aporta un indicio de que se ha satisfecho; cuestión sobre la que volveré después<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> SSTS 56/2020, 27 de enero, P. Juan María Díaz Fraile y 101/2020, 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>200</sup> AATS 10 de noviembre 2021, P. José Luis Seoane Spiegelberg y 9 de diciembre 2020, P. Rafael Saraza Jimena. En particular, la jurisprudencia considera que no se puede apreciar la existencia de error vicio respecto de las cláusulas multidivisa del contrato de préstamo hipotecario, ni declarar su nulidad parcial al comprender nulas exclusivamente esas cláusulas, declarando al mismo tiempo la subsistencia del resto del contrato. La nulidad por error vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no solo de la cláusula que contiene un derivado implícito. No cabe la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio. Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato. No cabe la nulidad de una cláusula de un contrato, en este caso la relativa a la opción multidivisa, por un error vicio que afecte solo esta cláusula. El error sobre los riesgos asumidos por un contratante, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, que afectara solo a algunas cláusulas (STS 399/2022, de 1 de mayo, P. Juan María Fraile, y todas las que en ella se citan).

<sup>201</sup> Cfr. ÁLFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho*, 2017; MIRANDA SERRANO, *Indret*, 2018, p. 7; y MARTÍNEZ ESPÍN, 2020, entre otros.

<sup>202</sup> Esta expresión manuscrita se amoldaba a la exigencia del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios,

## 5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

### 5.1 LA STJUE DE 9 DE JULIO DE 2020

La doctrina de la STS 205/2018, de 11 de abril, no fue acogida por muchos Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales, que han declarado la nulidad del acuerdo transaccional, en muchos casos argumentando que la sentencia mencionada vulnera la Directiva 93/13/CEE, planteándose por algunos de ellos cuestiones prejudiciales al TJUE<sup>203</sup>. Asimismo, algunos autores han afirmado que la renuncia de acciones que comporta la transacción pudiera hacer peligrar el principio de efectividad reflejado en el artículo 6 Directiva 93/13, en la medida en que no sería posible reclamar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por mor de la cláusula primitiva<sup>204</sup>.

La primera de las cuestiones prejudiciales resueltas por TJUE ha sido la planteada por un Juzgado de Teruel. En el caso del que conoció el Juzgado, el préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo del 3,25%. El 4 de marzo de 2014, tras la STS de 9 de mayo de 2013, las partes modificaron el contrato de préstamo hipotecario, reduciendo la cláusula suelo al 2,35%. Este documento contenía una cláusula según la cual: «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». En adición, el consumidor expresó de forma manuscrita que «era consciente y entendía que el tipo de interés del préstamo nunca bajará del 2,35 % nominal anual».

Pues bien, la STJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18<sup>205</sup>, resolvió cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de

---

reestructuración de deuda y alquiler social. Dicho precepto requería que en la contratación de préstamos hipotecarios por prestatarios persona física, en los que la hipoteca recayera sobre una vivienda o cuya finalidad fuera adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, y que incorporaran una cláusula suelo, la escritura pública incluyera, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determinase el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

<sup>203</sup> Por ejemplo: AJPI núm. 3 de Teruel, 26 de junio de 2018, asunto C-452/18; AJPI núm. 3 bis de Albacete, 2 de octubre 2018, asunto C-617/18, aunque después desistió; AAP de Zaragoza (Secc. 5.ª), 12 de diciembre 2018; y AJPI núm. 7 de Orense, 15 de marzo 2019, asunto C-268/19. Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>204</sup> MARÍN LÓPEZ, 2019, p. 24 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, 2019, p. 395.

<sup>205</sup> Previamente se publicaron las conclusiones del Abogado General, presentadas el 30 de enero de 2020. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (d) y MARTÍN

Teruel. Asimismo, los AATJUE de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19, y de 1 de junio de 2021, asunto C-268/19, resolvieron una serie de cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Zaragoza y un Juzgado de Primera Instancia de Orense, respectivamente, en relación con esta materia. Con todo, como ha explicado la jurisprudencia, dichos autos reproducen, sin variaciones, la doctrina contenida en la anterior STJUE de 9 de julio de 2020<sup>206</sup>, por lo que no serán objeto de comentario. Huelga decir que la STJUE de 9 de julio de 2020 es bastante confusa en sus términos<sup>207</sup>. En efecto, a veces denomina el acuerdo enjuiciado como contrato de novación, y en ocasiones, aunque las menos, de transacción. Además, parece que, en su opinión, ambos términos son equivalentes, pues los usa indistintamente<sup>208</sup>. También se refiere a la transacción o a la novación unas veces como contratos, y otras como cláusulas. Acaso la imprecisión que se atribuye a la STJUE de 9 de julio de 2020 tenga su causa en la deficiente técnica que se imputa a las cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de instancia españoles, y también a que el TJUE solo conoce el derecho interno limitadamente<sup>209</sup>.

## 5.2 EFICACIA PROPAGADORA DE LA NULIDAD

Mediante la primera cuestión prejudicial se pregunta si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (art. 6 Directiva 93/13/CEE) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas. Y si, dado que la nulidad radical implica que dicha cláusula nunca existió, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores, como la novación, también desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto (eficacia propagadora de la nulidad).

El TJUE comenzó respondiendo a la primera cuestión prejudicial explicando que «en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor» (§ 23). Ahora bien, la protección de los consumidores «comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos» siempre que el consumidor manifestase su voluntad siendo consciente del carácter no vinculante de la cláusula abusiva,

FABA, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>206</sup> Por todas, STS 241/2021, 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>207</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a) y MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>208</sup> Como dice ALFARO ÁGUILA-REAL, *Blog Derecho mercantil*, 2020, en la sentencia se habla, incorrectamente, de contrato de novación, expresión que no indica cuál es la causa de tal novación, como si hace su calificación como transacción en el sentido del artículo 1809 CC.

<sup>209</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 455.

otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (§ 25). Por lo tanto, el consumidor puede elegir no hacer valer el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13/CEE (§ 26), así como oponerse a su aplicación (§ 23). Cuestión distinta es que el consumidor no pueda renunciar con antelación a la protección que le brinda la Directiva 93/13/CEE cuando compra un bien o recibe un servicio del profesional (renuncia previa). Una renuncia no puede intervenir con anterioridad al momento de establecimiento de la relación contractual entre el profesional y el consumidor, pues en este momento el consumidor no concibe o no atribuye suficiente importancia al hecho de que esa relación podría plantear conflictos. Pero cuando surge una controversia en dicha relación contractual, relativa al potencial carácter abusivo de una determinada cláusula, el consumidor puede renunciar a invocar la falta de efecto vinculante de dicha cláusula, pues está en condiciones de entender la importancia de la protección que le brinda la Directiva 93/13/CEE y de comprender el alcance de dicha renuncia. Con todo, el TJUE apunta que solo podrá entenderse que el consumidor ha prestado su consentimiento «libre e informado» a este respecto si «en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba» (§ 29), lo que debe evaluar el juez nacional.

En consecuencia, respondió a la primera cuestión prejudicial que «el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional».

En mi opinión, la primera cuestión no está bien planteada, porque se pregunta si una cláusula que es nula radicalmente puede ser objeto de novación. Lo que habría que haber preguntado es si una cláusula nula, por falta de transparencia, puede ser objeto de novación, que, como hemos expuesto, es cosa distinta. Con todo, el TJUE trae a colación su jurisprudencia según la cual, aunque la cláusula inicial sea abusiva, el consumidor puede renunciar a los efectos de la nulidad, siempre que preste un consentimiento «libre e

informado»<sup>210</sup>. Por tanto, si el TJUE permite renunciar a los efectos de una cláusula sin recibir contraprestación, *a fortiori* si el consumidor recibe precio por dicha renuncia<sup>211</sup>. Del mismo modo, si el TJUE permite que se nove una cláusula abusiva, cuya apreciación depende de factores objetivos, todavía más una cláusula sobre la que pende una amenaza de nulidad por falta de transparencia, pues esta puede ser salvada por un perfil cualificado del cliente. Nótese que la nulidad no se puede imponer al adherente en contra de su voluntad (cfr. art. 8 LCGC)<sup>212</sup>. Parece que el TJUE ha refrendado la regla de que la «novación» de una cláusula suelo nula por falta de transparencia no tiene que ser ineludiblemente nula, por una especie de nulidad expansiva procedente del artículo 1208 CC, si la cláusula novada se ha producido con la transparencia material exigible. Es decir, la validez o ineficacia de la novación se determina únicamente a través del contexto que envuelve la novación, con independencia de la falta de transparencia que pudiera afectar a la cláusula suelo original<sup>213</sup>. Más discutible sería si la cláusula objeto de novación hubiera sido declarada nula por razón de su contenido, y no como reproche a la falta de transparencia<sup>214</sup>.

Según la STJUE, el consumidor puede transigir y eludir la aplicación de las consecuencias de la nulidad de una cláusula, siempre que el consumidor sea consciente de que la cláusula no le vincula, por ser abusiva, y, a pesar de ello, «es contrario a que se excluya»; corresponde al juez nacional determinar si para ello ha existido un «consentimiento libre e informado»<sup>215</sup>. A mi juicio, estas afirma-

<sup>210</sup> SSTJUE 21 febrero 2013, asunto C-472/11 y 14 abril 2016, asuntos acumulados C381/14 y C385/14. Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, los casos de renuncia al ejercicio de un derecho contemplados en las referidas resoluciones son diferentes al caso que nos ocupa. En aquellos supuestos la renuncia se produce cuando el juez, en el marco de un proceso judicial, pide a las partes que se pronuncien sobre el posible carácter abusivo de una cláusula, y el consumidor, consciente del carácter no vinculante de esa cláusula, informa que es contrario a que se excluya esa cláusula. Se trataría, entonces, de una renuncia dentro del proceso. Así, afirma el autor citado que, a pesar de que el TJUE entiende que la situación es similar cuando la renuncia se hace en un contrato, hay diferencias entre una y otra. En efecto, una renuncia extraprocesal no sería controlada *ante* por el juez.

<sup>211</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de derecho*, 2020.

<sup>212</sup> Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 476.

<sup>213</sup> Se afirma en la comunicación de la Comisión sobre «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE» (2019/C323/04) que, «cuando se modifican o reemplazan las cláusulas del contrato, tiene sentido tener en cuenta las circunstancias que prevalecen en el momento de la modificación o reemplazo al evaluar las nuevas cláusulas contractuales».

<sup>214</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a)

<sup>215</sup> Según GARCÍA HERNANDO, 2020, p. 106, el control de comprensibilidad (transparencia material) se identifica con un consentimiento informado, voluntario y consciente de los derechos y obligaciones de un contrato. Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, el consentimiento es informado cuando el consumidor es consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial (por ser abusiva). Y es libre, en su opinión, cuando ese consentimiento, esa «manifestación» de voluntad es realmente negociada, esto es, cuando no se impone mediante cláusulas predispuestas. Por lo tanto, el autor citado considera que,

ciones deben ser matizadas. Recordemos que es imposible que el consumidor fuera consciente de que la cláusula no le vincula antes del pleito. Porque su cláusula suelo podía ser nula, pero también transparente. Por tanto, el consumidor nunca hubiera estado en condiciones de saber que su contrato contenía una cláusula abusiva. No hay posibilidad de que el consumidor tuviere un conocimiento «libre e informado» del carácter no vinculante de esa cláusula y, por ende, menos aún, de las «consecuencias que ello conlleva», es decir, conocimiento de cuánto dinero tendría que devolverle el banco. Dada la naturaleza transaccional, el consumidor no puede tener conocimiento cierto de estos extremos, pues, por esencia, conforman la *res dubia*. Si el consumidor estuviera plenamente informado de que la cláusula era a todas luces nula, de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal y de cuánto se ahorraría en el futuro por la bajada del suelo, no hubiera transigido, porque tendría entonces toda la información existente, y por ello la transacción carecería de causa, porque el estado de las cosas para el consumidor sería de certidumbre total<sup>216</sup>.

### 5.3 NEGOCIACIÓN EN LA TRANSACCIÓN

Mediante la segunda cuestión prejudicial, se pregunta si los documentos que modifiquen o transaccionen cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 Directiva 93/13/CEE, afectándoles las mismas causas de nulidad que afectan a los documentos originales novados o transigidos.

Pues bien, el TJUE recuerda que el control de abusividad previsto en el artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE solo resulta de aplicación a aquellas cláusulas contractuales no negociadas individualmente entre el empresario y el consumidor (§ 32). Así, conforme al artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE, debe entenderse que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando «haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión» (§ 33). Ausencia de influencia que puede producirse en los acuerdos enjuiciados (§ 34) y deberá ser comprobado por el juez nacional. Tras la enunciación de estas reglas generales, el TJUE se

---

si el «pacto» posterior no ha sido negociado, sino que son cláusulas predisuestas no negociadas individualmente, ese acuerdo posterior también es nulo.

<sup>216</sup> Como dice CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020 (a), la transacción operaría sobre *res non dubia*.

refiere al caso particular, y afirma que la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo, iniciada por el banco a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, podría constituir un indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo (§ 36). Asimismo, constituye un indicio de que el consumidor no pudo influir en la cláusula el hecho de que la entidad no facilitara al consumidor una copia del contrato ni le permitiera llevárselo consigo (§ 37). Más aun, el TJUE afirma que la circunstancia de que el consumidor introdujera antes de su firma en el contrato la mención, escrita de su puño y letra, en la que indicaba que comprendía el mecanismo de la cláusula suelo, no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente ni que el consumidor pudo efectivamente influir en el contenido de la misma (§ 38)<sup>217</sup>. De esta suerte, el TJUE respondió a la segunda cuestión prejudicial que «cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva».

En primer lugar, la sentencia afirma algo evidente, esto es, que una cláusula que modifica una cláusula no negociada puede ser a su vez una cláusula negociada, o no. Posteriormente, al examinar las cláusulas del acuerdo, se remite al artículo 3.2 de la Directiva 93/13. Luego analiza el caso concreto, y afirma que la circunstancia de que la novación se enmarque en una política general de renegociación de la entidad prestamista y el hecho de que no se haya facilitado copia del contrato al consumidor para que se lo llevará a casa, podrían constituir indicios de que el consumidor no pudo influir en el conte-

---

<sup>217</sup> Según el Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 30 de enero de 2020 para la resolución de este asunto, una cláusula es negociada individualmente cuando las partes hayan tratado específicamente de la cláusula en cuestión. No ocurriría así cuando el empresario haya redactado la cláusula de forma previa a cualquier negociación sobre la temática a la que se refiere. El criterio decisivo es determinar si el consumidor ha tenido o no la posibilidad de influir sobre el contenido de dicha cláusula. En el caso de cláusulas tipo redactadas de antemano, como parece ocurrir en el asunto principal, se presumirá la ausencia de tal negociación, de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva 93/13CEE, y corresponderá al banco aportar la prueba en contrario. Respecto a este particular, se entiende que el consumidor ha tenido la posibilidad de influir sobre el contenido de una cláusula determinada cuando dicha celebración ha estado precedida de un diálogo entre las partes que ha brindado a aquel efectivamente la oportunidad de hacerlo. Por tanto, una cláusula no es negociada cuando el consumidor no ha tenido la posibilidad real de influir en su contenido, extremo que ha de apreciarse teniendo en cuenta el alcance del diálogo entre las partes en relación con el objeto de dicha cláusula.

nido de la nueva cláusula suelo<sup>218</sup>. Pero como desarrollaré más adelante, creo que ninguno de estos indicios conduce a considerar que la transacción no fue negociada. Finalmente, la expresión manuscrita de la cláusula suelo no equivale a que la cláusula sea negociada<sup>219</sup>. En efecto, no hay negociación por la mera existencia de casillas o espacios en blanco, salvo que por las circunstancias pueda estimarse que su contenido se rellena en cada caso atendiendo a los concretos intereses del cliente<sup>220</sup>. La redacción clara y comprensible de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato no equivale a cláusula negociada, sino que habría de impedir un control ulterior de su contenido. Con todo, la expresión manuscrita de la cláusula tampoco equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, aunque es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido, en línea con lo sostenido por STS 205/2018<sup>221</sup>.

#### 5.4 TRANSPARENCIA DE LA NOVACIÓN

En la cuarta cuestión prejudicial básicamente se pregunta si la nueva cláusula suelo adolece de transparencia si se incumplen los criterios de transparencia fijados en la STS 241/2013, de 9 de mayo, para las cláusulas suelo. En particular, se cuestiona si la nueva cláusula puede adolecer de falta de transparencia si el profesional no informa al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que este pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y aplicarse el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja. Esto es, si debe informarse al consumidor sobre el importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las cláusulas suelo, así como el interés a aplicar en

<sup>218</sup> Asimismo, STJUE 15 enero 2015, asunto C-537/13.

<sup>219</sup> Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, a pesar de ser manuscrita, la cláusula cumple con el requisito del artículo 3.2 Directiva 93/13, porque es predispuesta y diseñada por el prestamista, aunque sea el cliente quien la transcribe, y además el consumidor no ha podido influir en su contenido, porque es idéntica en multitud de contratos.

<sup>220</sup> PAGADOR LÓPEZ, 1998, p. 326.

<sup>221</sup> En el mismo sentido, el ATJUE 6 diciembre 2021, asunto C-670/20, sostiene que, habida cuenta de la obligación de información que incumbe de este modo al profesional, una 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 no puede, en sí misma, ser relevante para apreciar si dicho profesional ha cumplido la mencionada exigencia de transparencia.

caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, las transacciones también adolecen de causa de nulidad.

El TJUE parte de que las dos cláusulas principales del «contrato de novación modificativa del préstamo» (*sic*), esto es, la de renuncia al ejercicio de acciones judiciales y la «nueva» cláusula suelo, no han sido negociadas individualmente. La «nueva» la cláusula suelo está incluida en el «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, con independencia de la calificación jurídica que reciba dicho contrato<sup>222</sup>. Una cláusula incluida en el «objeto principal del contrato» debe cumplir el imperativo de transparencia. Una cláusula contractual es transparente cuando un consumidor medio está en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para él de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula suelo, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere esa cláusula. A este respecto, deben cumplirse los requisitos que estableció la STS 241/2013, de 9 de mayo, que representan una concreción del imperativo de transparencia establecido por el TJUE. Estos requisitos deben cumplirse independientemente del hecho de que el «contrato de novación modificativa del préstamo» no sea, en sí mismo, un contrato de préstamo.

Respecto al concreto control de transparencia, no pueda exigirse al profesional que informe del importe exacto a abonar, ni de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato (pues dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional), ni, así, del impacto exacto de la aplicación de una cláusula suelo sobre tales cuotas (§ 52)<sup>223</sup>. Ahora bien, constituye un «elemento especialmente pertinen-

<sup>222</sup> En contra, MARÍN LÓPEZ, 2019, pp. 65 ss., que duda que esta cláusula forme parte del objeto principal del contrato, en el sentido del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE.

<sup>223</sup> Con todo, afirma CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de derecho*, 2020, que los bancos sí disponían en el momento de contratar de previsiones sobre la evolución futura del euríbor y, por tanto, sobre cómo podría impactar en el consumidor el suelo fijado. De ahí que, según el autor citado, uno de los parámetros objetivos fijados en la STS 9 mayo 2013 sea «la explicación sobre los escenarios hipotéticos en función de la evolución de los tipos de interés, con una mirada (de mera hipótesis con los datos disponibles al contratar, obviamente) hacia el futuro y no solo hacia el pasado». En este sentido, considera el referido autor, que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, contempla esas simulaciones basadas en el histórico. Además, considera el referido autor que la jurisprudencia del TJUE, previa al asunto sobre el IRPH, relativa a préstamos referenciados en moneda extranjera, sí considera exigible que el banco alerte sobre potenciales fluctuaciones futuras a la luz de la información que tiene, «por lo que el actual planteamiento es incongruente con la afirmación general relacionada con el trato leal con el contratante al compartir la información que al respecto tiene el oferente en el momento de contratar».

te» la información relativa a las fluctuaciones pasadas del índice de referencia (§ 53), pues ello permitiría al consumidor percatarse de la eventualidad de que no pudiera beneficiarse de las bajadas del tipo de interés (§ 54).

Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, el TJUE señala que, en principio, «esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional (...) haya puesto a su disposición todos los datos necesarios» (§ 55). Por otro lado, en lo que respecta a la cláusula manuscrita redactada por el consumidor, no puede ser, por sí sola, decisiva. Ciertamente, esta cláusula manuscrita demuestra que se han sometido a la atención del consumidor los efectos de la cláusula suelo. Sin embargo, no basta para acreditar el cumplimiento de los estrictos requisitos de transparencia. Por lo tanto, el indicio que proporciona esta cláusula manuscrita debe completarse con otros datos concordantes.

Así las cosas, respondió a la cuarta cuestión prejudicial del siguiente modo: «la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula suelo, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula suelo, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés».

¿Es preciso que para que la novación sea válida se satisfagan los requisitos de transparencia requeridos a una cláusula suelo? Según la lógica de la sentencia, el control de transparencia de la cláusula suelo del contrato original es cualitativamente idéntico al de la novación, pues en el préstamo se pactó una cláusula suelo y la novación consistió en introducir también una cláusula suelo, aunque más benevolente para el cliente. Pero observemos que se puede razonar de forma distinta. En el primer caso hay un préstamo hipotecario que, entre otras muchas cosas, incluye una cláusula suelo. En cambio, en el segundo, no hay un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino solo una renuncia del profesional a los intereses que generaba la primigenia cláusula suelo a cambio de un compromiso del cliente de no impugnarla. En este último caso no se

deben exigir condiciones de transparencia que sean propias de un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino las que son propias de una transacción. Nótese que si por la propia naturaleza de la transacción el margen de la impugnación por error es más limitado que en el resto de los contratos<sup>224</sup>, también el margen de impugnación por falta de transparencia tiene que restringirse más que en otros contratos. En la transacción el cliente solo ha de saber que la cláusula suelo puede ser nula y que transige sobre la incertidumbre de que esa cláusula sea nula. Incluso aunque la cláusula suelo original fuese calificada como accesoria (y susceptible directamente del control de contenido), la cláusula suelo novada pasa a ser, en todo caso, una cláusula que define el objeto «único» del contrato, porque la cláusula como tal es la esencia de un contrato de transacción, que se refiere precisamente a ella. Al convertirse la nueva cláusula suelo en el objeto por exclusiva del contrato transaccional, difícilmente esta se puede considerar como no transparente. Nótese que una transacción como la enjuiciada es un contrato que, para un consumidor medio, se comprende más fácilmente que un préstamo hipotecario con cláusula suelo. En la transacción lo principal es la nueva cláusula suelo, mientras que en el préstamo hipotecario había otros elementos más singulares. La esencia de la transacción no es la cláusula suelo que se nova, sino la novación como tal. Esta distinción pone de manifiesto que la transparencia que requerimos a la cláusula suelo original no puede ser cualitativamente idéntica a la que requerimos a la novación.

Como ha puesto de manifiesto el TJUE en otras resoluciones, ha de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso, a la naturaleza de los bienes o servicios que se contratan y a la concreta cláusula sometida a control de transparencia<sup>225</sup>. Por esta razón, el control de transparencia debe ser distinto en función de que se trate, por ejemplo, de una cláusula suelo, de una cláusula que establece los honorarios del abogado, de una cláusula IRPH, de una cláusula (*sic*) de fianza solidaria, de una cláusula de renuncia transaccional, etc<sup>226</sup>. El examen de transparencia de la novación no debe centrarse en un tema de comprensión de las particularidades del mecanismo que supone la cláusula suelo y sus posibles escenarios, sino en el entendimiento que supone renunciar a un crédito restitutorio incier-

<sup>224</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 166.

<sup>225</sup> SSTJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11; 9 julio 2015, asunto C-348/14 y 20 septiembre 2017, asunto C-186/16.

<sup>226</sup> Según la Comunicación de la Comisión sobre «directrices interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 CEE» (2019/C323/04), es probable que el alcance de las obligaciones de información precontractual para los profesionales que se derivan de la Directiva 93/13/CEE también dependa de la importancia de la cláusula respecto a la transacción y su impacto económico.

to a cambio de una remuneración o ventaja. Por eso no tiene sentido que se informe al consumidor de la evolución pasada del índice de referencia<sup>227</sup>. En definitiva, la transacción no puede someterse al mismo control de transparencia al que se sometería el material transigido, pues, si así fuera, la transacción no tendría utilidad. Ciertamente que las cláusulas de la transacción pueden ser no transparentes, pero porque no reúnan sus propias condiciones de transparencia, no las de la cláusula suelo<sup>228</sup>.

## 5.5 LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE ACCIONES

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera y quinta, el Juzgado pregunta si la renuncia de acciones judiciales contenida en el contrato de transacción debe ser también nula, en la medida en que no informaba a los clientes que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe que tenían derecho a percibir como devolución de los intereses pagados por la imposición inicial de las cláusulas suelo. De esta manera, se indica que el cliente firma una renuncia a demandar sin haber sido informado por el banco de a qué renuncia y de a cuánto dinero renuncia. Asimismo, se pregunta si la renuncia de acciones puede considerarse una cláusula abusiva en relación con la letra q) del anexo de cláusulas abusivas de la Directiva 93/13/CEE, dado que limita el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados.

En primer lugar, el TJUE distingue entre la renuncia al ejercicio de cualquier acción futura y la renuncia mutua al ejercicio de acciones en el marco de un acuerdo que tenga por objeto la solución de una controversia entre las partes (§ 67). Pues bien, una renuncia previa a derechos futuros no es válida. El consumidor no puede renunciar con carácter previo al sistema de protección conferido por la Directiva 93/13/CEE (§ 75 y § 76). Con todo, la cláusula de renuncia mutua puede constituir el elemento esencial del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13), de forma que no pueda ser sometida al control de abusividad si se incorporó de forma transparente (§ 68). Pues bien, dado que el pacto se firmó en 2014 y no fue hasta la

---

<sup>227</sup> Además, como dice ALFARO ÁGUILA-REAL, *Derecho mercantil España*, 2020, es un error afirmar que la evolución pasada de los tipos de interés puede informar acerca de la evolución futura. Según el autor, en contratos de larga duración, como son muchos de los préstamos hipotecarios, la evolución pasada ni siquiera indica si se podrá o no beneficiar de tipos inferior al tipo fijado como suelo. Al contrario, el autor citado considera que tener mucha información sobre el pasado puede hacer más irracional la decisión del consumidor.

<sup>228</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

STJUE de 21 de diciembre 2016 cuando se conoció que los prestatarios podrían tener derecho a la restitución de las cantidades con carácter retroactivo, el TJUE consideró que: «la nulidad de la cláusula suelo no se trata de un hecho que constara con certeza, ya que tal carácter abusivo no había sido reconocido por ambas partes del contrato en el marco de un procedimiento judicial» (§ 72); y «la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato de novación no parecía permitir que el Banco supiera que la existencia de una cláusula suelo abusiva justificaba la devolución íntegra de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula» (§ 73). En estas circunstancias, corresponde al juzgado remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que el banco debía proporcionar al consumidor en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si el consumidor estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula (§ 74)<sup>229</sup>.

Por tanto, el TJUE respondió como sigue a las cuestiones prejudiciales planteadas: «(i) la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como abusiva cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula; (ii) la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE no vincula al consumidor».

Observemos que la transacción enjuiciada por la sentencia es un contrato bilateral, pues las partes realizan renunciaciones recíprocas. Entonces, es evidente que no se trata de una renuncia unilateral de derechos, cláusula absolutamente negra en la Directiva 93/13/CEE (letra q del Anexo) y en la TRLGDCU (art. 10). Y como no es una

<sup>229</sup> En lo que alude a si el consumidor conocía del vicio del que podía adolecer la cláusula suelo, el Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 30 de enero de 2020, entiende que el banco no presentó al consumidor el acuerdo como una transacción, reveladora de la existencia de una situación litigiosa entre las partes en relación con este particular, sino como un contrato de novación destinado a adaptar el contrato de préstamo hipotecario a los cambios en la coyuntura económica.

renuncia abdicativa, es innecesaria la reflexión de la sentencia a las renunciaciones nulas de acciones futuras de nulidad. Eso no quiere decir que una transacción permita renunciaciones encubiertas de derechos futuros, como se infiere del artículo 1815 CC. Como argumentaré luego, creo que la prestación del banco de reducir la cláusula suelo no tiene causa onerosa suficiente para amparar una renuncia al resto de derechos que el consumidor pueda adquirir en el futuro<sup>230</sup>.

De la argumentación del TJUE en la respuesta a la anterior cuestión prejudicial parece inferirse que la cláusula de renuncia no supera el control de transparencia material si el prestamista no informa al prestatario de «los datos» necesarios para que este pueda calcular los intereses indebidamente abonados, cantidades a las que el prestatario renunciaba. Con todo, resulta significativo que en la respuesta final no se mencionen estas cantidades a las que renunciaba el consumidor, sino solo a la evolución pasada del índice de referencia<sup>231</sup>. También resulta llamativo que en la respuesta a esta cuestión prejudicial el TJUE afirme que para que la cláusula de renuncia sea transparente el consumidor ha tenido que disponer de la información que le hubiera permitido comprender las «consecuencias jurídicas» que se derivaban para él de tal cláusula, sin hacer referencia a las «consecuencias económicas».

En mi opinión, es dudoso que el prestamista tenga que informar al consumidor de los datos para calcular la cantidad de dinero renunciada como estándar de transparencia de la cláusula de renuncia. Como hemos apuntado con anterioridad, por la propia naturaleza de la transacción, la figura del error sufre importantes restricciones (arts. 1817 y 1819 CC). Asimismo, al llevar cabo el control de transparencia sobre las cláusulas de la transacción, que en definitiva es un control del consentimiento del consumidor, debería tenerse en cuenta la naturaleza de dicho contrato. Así, puede deducirse de la regulación de este contrato que el error relevante es el que se produce en el *caput no controversum*, y no el que recae sobre la materia controvertida. Precisamente porque la incertidumbre constituía el estado de cosas sobre el que descansa el presupuesto del negocio, y para salir de esa incertidumbre se pacta. Por consiguiente, el error in *caput non controversum* es el único que puede ser relevante en la transacción, pues no es incompatible con la ratio del contrato, como lo sería la aceptación del error in *caput controversum*. En efecto, el error sobre el *caput no controversum* recae sobre cuestiones que no integran la controversia y que han sido implícitamente consideradas por las partes como pacíficas, de tal modo que no habrían estipulado

<sup>230</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>231</sup> AGÜERO ORTIZ, *Blog CESCO*, 2020.

la transacción en caso contrario. En efecto, si la situación de hecho o de derecho que las partes han tomado como base de la transacción no es acorde a la realidad, la transacción es nula, si procede suponer que de haber tenido conocimiento de la realidad no hubiera surgido la incertidumbre<sup>232</sup>. La cuestión está en determinar qué es *caput controversum* o *caput no controversum*, cosa que no es fácil. Por ejemplo, es dudoso si el error sobre las secuelas de las lesiones procedentes de un accidente, desconocidas al tiempo de transigir una cantidad en concepto de indemnización por un daño extracontractual, puede ser o no considerado un error sobre el *caput controversum*<sup>233</sup>. Entonces ¿es *caput controversum* la cantidad de dinero a restituir al consumidor?

En primer lugar, podríamos considerar que la cantidad a la que el consumidor renuncia es *controversum*, pues las partes están en desacuerdo tanto en lo relativo a si la cláusula es o no transparente como en cuanto a sus efectos. No se trataría propiamente de una cuestión ajena a la discusión, pues si la transparencia o no de la cláusula suelo es cuestión discutida, también lo es por derivación los efectos de dicha falta de transparencia. Es evidente que era *caput controversum* si la cláusula era o no nula, y por tanto también los efectos de la nulidad. Es decir, si resulta que el error que recae sobre si la cláusula era o no transparente no puede servir para anular la transacción, tampoco puede hacer ineficaz la transacción un error que recae sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula<sup>234</sup>. Por tanto, sería innecesario que el predisponente informara de unos datos para calcular unos importes que constituyen *caput controversum*.

Con todo, también podría razonarse que era *no controversum* que la restitución de los intereses abonados en aplicación de una cláusula suelo estaba temporalmente limitada a los pagados desde el 9 de mayo de 2013, y que luego eso resultó erróneo. Para que el error sobre este aspecto invalide el consentimiento debe probarse que el consumidor aceptó la transacción bajo la creencia de que el banco solo tenía que restituir cantidades desde el 9 de mayo de 2013, y que si hubiera sabido que las cantidades se devolvían con carácter retroactivo no hubiera formalizado tal acuerdo. Es decir, de haberse conocido la situación real, no se hubiese concluido la tran-

<sup>232</sup> § 779 BGB [cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 167 y 2015 (b) y CARRASCO PERERA, 2021].

<sup>233</sup> La STS 195/1995, 23 de febrero, P. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, anula la transacción por error esencial sobre el alcance de las secuelas que padecía la persona que sufrió el daño. En cambio, la STS 1237/2007, 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz, parece entender que el error sobre las secuelas del accidente no invalida la transacción.

<sup>234</sup> RUIZ-RICO RUIZ, *RDBB*, 2018.

sacción o se hubiese formalizado en distintas condiciones<sup>235</sup>. A mi juicio, no es un argumento para negar la ineficacia de la transacción que el error en el *caput no controversum* sea común a las dos partes, pues una y otra parte pueden no dar la misma importancia a la presuposición fallida. Tampoco es un argumento suficiente para denegar la ineficacia de la transacción que el error producido sea de derecho. Así, aunque la jurisprudencia niega que el error de derecho sobre el *caput controversum* pueda suponer la ineficacia de la transacción<sup>236</sup>, cuando el error de derecho recae sobre *caput no controversum* sí puede suponer la ineficacia de la transacción<sup>237</sup>. En ese caso, no existe base para negar relevancia anulatoria al error de derecho, siempre que concurren las condiciones exigidas para que un error sea relevante a este respecto. Lo que ocurre con el error de derecho es que normalmente será inexcusable por la parte de quien yerra, ya que el coste para cada parte de informarse sobre la situación legal y el alcance y existencia de las normas será ordinariamente equivalente para ambas<sup>238</sup>. Por tanto, no puede desecharse la posibilidad de anular por error las transacciones objeto de estudio, siempre que el consumidor firmara el acuerdo bajo la creencia de que el banco solo tenía que restituir cantidades desde el 9 de mayo de 2013, y que de haber conocido que la devolución de intereses era con carácter retroactivo no habría aceptado la transacción o la habría aceptado en distintas condiciones. Cosa que no sucederá en los casos en los que el consumidor que ha firmado una transacción demande la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de cantidades desde el 9 de mayo de 2013<sup>239</sup>.

Ahora bien, recordemos que la causa típica de la transacción es la de evitar un pleito mediante recíprocas concesiones. Y se trata de evitar dicho pleito por los más diversos motivos: dudas sobre la veracidad de las pretensiones, deseos de evitar los inconvenientes del litigio, rápida solución del conflicto, etc. Por eso en una transacción no se suele declarar el motivo real que ha llevado a efectuarla, por lo que es difícil que se puede probar en la práctica el error, pues por imperativo legal ha de ser determinante para celebrar el contrato. Si una de las partes impugna la transacción alegando error, y no constreñimos su aplicación, se corre el peligro de que

---

<sup>235</sup> C. 2, 4, 42 da buena muestra de que en el derecho romano se entendía que la existencia de circunstancias o bien su inexistencia, que conocidas habrían hecho que la transacción no se concluyese, permitían la nulidad de la transacción (cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 169).

<sup>236</sup> STS 1153/2000, 20 de diciembre, P. Pedro González Poveda.

<sup>237</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 2015 (c) y TAMAYO HAYA, 2016 (a).

<sup>238</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>239</sup> Como expuse al inicio del trabajo, esto sucede en multitud de casos (cfr. por todas STS 246/2022, de 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo).

se dé como circunstancia determinante la que alega el que yerra<sup>240</sup>. En efecto, la transacción tiene una causa muy específica, que es evitar un litigio, por lo que si las partes son conscientes de que lo decisivo es poner fin a la controversia más allá del valor que objetivamente puedan tener sus pretensiones, no puede luego una parte que ha errado sobre la valoración de su derecho impugnar la transacción. En definitiva, creo que la entidad no tiene que informar ni evaluar en beneficio del consumidor la cifra de probabilidad de que su demanda fuera estimada, porque el riesgo jurídico no forma parte de la carga que integra el deber de información. Pero tampoco puede ocultar la realidad ni minimizar el riesgo, porque ambas conductas hacen no transparente la transacción<sup>241</sup>. Por ende, está fuera de lugar que el juez nacional deba tener en cuenta el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de sus consecuencias, para así determinar el alcance de la información que el Banco debía proporcionar al consumidor, pues si una determinada cláusula es o no transparente y sus consecuencias será una cuestión incierta hasta que se produzca un pronunciamiento judicial. Además, como argumentaré con posterioridad, la información para calcular las cantidades renunciadas era una información disponible. Porque nótese que los consumidores, cuando accionan la nulidad de la cláusula suelo, reclaman una cantidad al prestamista, que ellos mismos calculan, sin que este le haya proporcionado los datos necesarios para calcular esa cantidad<sup>242</sup>. Ahora bien, cierto sector doctrinal considera que por la transcendencia que comporta la renuncia de acciones, la cláusula que la contiene debería estar sometida a un control de transparencia especialmente riguroso<sup>243</sup>.

Finalmente, de la sentencia parece desprenderse que falta de transparencia de la cláusula de renuncia conduce automáticamente a considerarla abusiva, cuestión que trataré posteriormente con más profundidad<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> GULLÓN BALLESTEROS, 2015 (c).

<sup>241</sup> CARRASCO PERERA, *Revista CESCO*, 2021, p. 63. Escribe CARRASCO PERERA, 2021, que las contingencias posteriores al momento en que se presta el consentimiento son un riesgo que soporta quien las padece. Como los futuros contingentes no son susceptibles de verdad o falsedad en el momento en que se celebra el contrato (aunque sí es susceptible de verdad o falsedad el haberse representado estos futuros bajo una luz optimista), no puede el predisponente informar sobre ellos, pero tampoco camuflarlos o minimizarlos.

<sup>242</sup> Cfr. SSAAPP Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>) 275/2019, de 15 abril; Granada (Sección 3.<sup>a</sup>) 582/2018, 13 de diciembre y Valencia (Sección 9.<sup>a</sup>) 603/2017, 15 de noviembre; entre otras muchas.

<sup>243</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, p. 395 que, con todo, no indicia en qué se concreta ese control más riguroso.

<sup>244</sup> Según el Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 30 de enero de 2020, «la falta de transparencia bastaría en el contexto concreto del acuerdo aquí contro-

## 6. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA COMUNITARIA EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL MÁS RECIENTE

Después de que el TJUE dictara la referida sentencia, se observa un cambio en la jurisprudencia de la Sala Primera. Es probable que el control de transparencia que requiere la sentencia europea sea más cualificado que el que propuso la STS 205/2018<sup>245</sup>, aunque el propio tribunal lo haya negado<sup>246</sup>. Y ello como consecuencia de que el Juzgado de Teruel introduce en el debate nuevos flujos de información que, a su juicio, son necesarios para que las cláusulas del acuerdo puedan ser consideradas transparentes, esto es, información de a qué se renuncia y de a cuánto dinero renuncia.

Los hechos y los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia referida son prácticamente los mismos<sup>247</sup>. Banco y cliente conciertan un préstamo hipotecario que contiene una cláusula suelo. Después de dictarse la STS 241/2013, de 9 de mayo, las partes acuerdan una rebaja de la cláusula suelo. Además, «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Este documento contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del x% nominal anual». El cliente presenta una demanda en la que

vertido, para demostrar la incompatibilidad de la cláusula en cuestión con la citada Directiva, sin que sea necesario examinar siquiera los criterios de desequilibrio importante y de buena fe previstos en el artículo 3.1 de la misma Directiva 93/13. En efecto, debido a la falta de transparencia, no puede considerarse que la renuncia prevista en la cláusula referida resulte del consentimiento informado del consumidor. Por lo demás, dicha falta de transparencia y la asimetría de información permiten presumir que existe ese desequilibrio importante y apuntan al incumplimiento de la exigencia de buena fe por parte del banco».

<sup>245</sup> Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, la doctrina sentada en la STS 205/2018, de 11 de abril, es contraria al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE y a la jurisprudencia del TJUE, por cuanto considera cumplido el control de transparencia sin que el prestamista haya informado al prestatario.

<sup>246</sup> STS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>247</sup> SSTs 580/2020, 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 676/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 34/2021, 26 de enero, P. Pedro José Vela Torres; 242/2021, 4 de mayo, P. Pedro José Vela Torres; 325/2021, 17 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 426/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 466/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 495/2021, 6 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 509/2021, 8 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo; 647/2021, 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena; 685/2021, 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 760/2021, 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 824/2021, 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 835/2021, 1 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; 876/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena; 923/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo; entre otras muchas.

pide la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de préstamo hipotecario.

Lo que sigue es un sumario de la doctrina de la Sala. El documento privado contiene dos estipulaciones relevantes. En la estipulación primera se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato de préstamo el tipo de interés mínimo aplicable será el  $x\%$ ; y en la estipulación tercera las partes ratifican la validez del préstamo originario y renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha». La primera, por sí sola, y al margen de la tercera, constituiría una modificación o novación de la cláusula suelo. Y la tercera, en cuanto contiene una renuncia al ejercicio de acciones, podría llegar a entenderse que tiene su causa en la reducción de la cláusula suelo, de forma que ambas constituyeran los dos elementos esenciales de un negocio transaccional: el banco accede a reducir el suelo y los clientes, que en ese momento podían ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncian a su ejercicio.

Es posible modificar la cláusula suelo del contrato originario, siempre que esta modificación haya sido negociada o, en su defecto, cuando se hubiera empleado una cláusula contractual predispuesta por el empresario en la contratación con un consumidor, siempre que esta última cláusula cumpla con las exigencias de transparencia. En estos casos de simple modificación de la cláusula suelo, si se cumplen los requisitos expuestos, se tendría por válida la nueva cláusula, aunque pudiera declararse la nulidad de la cláusula originaria si no se cumplían los requisitos de transparencia. Con el consiguiente efecto de que se considere que no ha producido efectos y por lo tanto todo lo que se hubiera cobrado de más en aplicación de esa originaria cláusula deba ser restituido al consumidor. Además, una cláusula suelo podía ser objeto de una transacción. Las partes, partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida y para evitar un litigio, podían convenir realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convirtiera la incertidumbre en seguridad. Y si los términos de la transacción aceptada por el consumidor venían predispuestos por el empresario, entonces era preciso comprobar, también de oficio, que se habían cumplido las exigencias de transparencia en la transacción.

Al proyectar la doctrina de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre la estipulación primera del contrato privado que reduce el suelo inicialmente pactado, se advierte que esa cláusula no está negociada individualmente, y por lo tanto debe ser objeto de un control de transparencia. Cuando se modificó la cláusula suelo, los

prestatarios sabían de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido. Por otra parte, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del x% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de la evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando el prestatario, y porque en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento. Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Por todo lo cual, se concluye que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia.

Por otra parte, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo. Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

En consecuencia, se declara la validez de la estipulación del contrato privado que modifica la originaria cláusula suelo y la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones. Esta última cláusula, que ha sido incluida por el banco en su propio interés, se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo que, una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula primera que reduce el suelo: frente al actual o potencial interés del prestatario de que se suprima la cláusula suelo, el banco accede a

reducir el límite, asegurándose que cuando menos a partir de entonces la cláusula suelo es aceptada de forma inequívoca, cumplidas las exigencias de transparencia. Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado. Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario, que se tiene por no puesta y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo.

## 7. COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA EMERGENTE

### 7.1 ¿Transacción negociada?

Reparemos en que la Directiva 93/13/CEE y los artículos 82 y siguientes TRLGDCU no se aplican cláusulas negociadas, sino a cláusulas no negociadas. En efecto, los controles de incorporación, transparencia y abusividad del contenido no son aplicables a las cláusulas negociadas<sup>248</sup>. Y la condición de consumidor de una de las partes no excluye la aplicación de esta regla<sup>249</sup>. Por consiguiente, si hubo negociación solo podría haber un control del consentimiento en base a las reglas generales, pero si el contrato no se negoció, entonces se debe examinar si se cumplió la transparencia de la nueva cláusula suelo y de la renuncia correspectiva<sup>250</sup>. Nótese que el camino para conseguir la transparencia no es el mismo para llegar a la negociación<sup>251</sup>. Para llegar a aquella, el TJUE exige que el deudor que transige sea conocedor, al transigir, de una serie de factores. En cambio, si la cláusula novada ha sido negociada, procede sin más la exclusión del control de transparencia y del control de abusividad. La cláusula deviene inmune bajo cualquier consideración relativa al Derecho de cláusulas abusivas<sup>252</sup>. La cuestión estriba en determinar cuándo una cláusula puede considerarse

<sup>248</sup> El de incorporación, como dije, es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, aunque el adherente sea un empresario (por todas, STS 314/2018, 28 de mayo, P. Pedro José Vela Torres).

<sup>249</sup> Por todas, STS 660/2019, 11 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>250</sup> A juicio de CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de Derecho*, 2020, el foco debiera estar puesto en la prueba de si el contrato de novación fue negociado y se pudo llegar a una auténtica transacción, o si, por el contrario, fue un contrato de adhesión y si para tal adhesión no se satisficieron los requisitos de la transparencia material.

<sup>251</sup> Con todo, a veces los procedimientos parecen solaparse. Así, la SAP Ciudad Real 48/2018, 11 de abril, considera que la cláusula suelo es negociada, y por los mismos motivos que es transparente.

<sup>252</sup> CARRASCO PERERA, *GA-P*, 2021.

negociada, y en particular si las cláusulas de nuestro acuerdo tienen esa condición.

Como dijimos, la STJUE de 9 de julio de 2020, recuerda, primero, que conforme al artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE, debe entenderse que «una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido “redactada previamente” por el profesional y el consumidor “no haya podido influir sobre su contenido”, tal como sucede, en particular, en el caso de los “contratos de adhesión”». Se ha entendido que el hecho de que cláusula haya sido preredactada por el empresario, aunque pueda ser una presunción de que no es negociada<sup>253</sup>, no es lo trascendente, sino «la posibilidad» de incidir en tal confección, aunque el clausulado no haya sufrido ningún cambio respecto al inicialmente propuesto<sup>254</sup>. Pero no debería bastar con la «mera posibilidad» de que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y ese elemento ha de ser probado<sup>255</sup>. En efecto, como se ha apuntado, es un mero juicio teórico si había una «posibilidad» de negociar ¿Hay alguna diferencia entre el empresario que hizo una oferta sobre la base de lo «tomas o lo dejas» u otro que tras escuchar al adherente o tras una fase de tratos con este acaba por no modificar la oferta? Si además se tiene en cuenta la posición a la que se aboca al predisponente en el artículo 82.2. II TRLGDCU, con una asunción de la carga de probar que la cláusula fue negociada, su posición es ciertamente irracional. Tendría que probar que aquello que estaba predispuesto para uno o muchos contratos y que no fue modificado finalmente porque el propio oferente se opuso a ello, sin embargo, fue realmente negociado, aunque sin éxito para el consumidor. ¿Y cómo dar una prueba de esta clase si no acreditando que la cláusula final incorporó modificaciones de hecho en relación con la inicial? En consecuencia, lo razonable será interpretar que todo aquello que el adherente tuvo que aceptar, pues no lo pudo modificar, es algo que no pudo negociar. En efecto, la aceptación de un precio contractual predispuesto por el empresario, en forma tal que el adherente debe aceptarlo o renunciar a contratar, es un contrato en que el consentimiento se construye por adhesión a una oferta de contrato<sup>256</sup>. Por lo tanto, para que una cláusula sea considerada como fruto de

<sup>253</sup> Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2000, p. 756, la predisposición supone un indicio de que la cláusula no se ha negociado. En este caso, el predisponente tiene la carga de probar que se ha negociado, a pesar de estar preredactada, porque pudo ser alterada por el predisponente.

<sup>254</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 2002, pp. 111-126 y STS 876/2005, 10 de noviembre, P. Jesús Corbal Fernández.

<sup>255</sup> SSTS 649/2017, 29 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres y 489/2018, 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>256</sup> CARRASCO PERERA, 2007, p. 186 y 2021.

una negociación, el predisponente debe probar que el adherente influyó en el contenido de la cláusula<sup>257</sup>, es decir, que a instancia del adherente el predisponente modificó la cláusula que ofrecía inicialmente en uno o más contratos.

En coherencia con lo expuesto, el TS ha considerado que la cláusula suelo resultante de una novación es negociada cuando queda probado que la modificación se produjo a instancia del cliente<sup>258</sup>. También cuando el cliente propuso una rebaja que luego se reflejó en un documento privado que fue aceptado e implementado un mes más tarde por el banco<sup>259</sup>. En otras ocasiones se ha considerado negociada la modificación «al alta» de una cláusula suelo, porque supone la contraprestación del consumidor a cambio de una ampliación del plazo o del capital<sup>260</sup>. Asimismo, se considera negociada la novación solicitada por los prestatarios por la que se eleva la cláusula suelo, a cambio de que el banco ampliara del plazo de amortización e incrementara capital prestado<sup>261</sup>. Recientemente, se ha considerado que la cláusula suelo fue negociada porque se ofreció un suelo y un techo muy distinto a los ofrecidos en otros contratos similares. Es decir, si no se cumple con el requisito de la generalidad se considera la cláusula negociada<sup>262</sup>. Por el contrario, una cláusula de un préstamo no puede considerarse negociada por el hecho de que otras cláusulas del contrato sí lo sean<sup>263</sup>. Además, la entrega al consumidor de una oferta con antelación a la suscripción del documento, en la que se incluía un abanico de varias opciones diversas entre las que el consumidor podía elegir, si es que alguna de ellas se adecuaba a sus intereses, y que el contrato se formalizara previo ejercicio de la citada opción, no implica negociación, aunque sí que es un factor para determinar la transparencia de la nova-

<sup>257</sup> STS 192/2021, 6 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>258</sup> STS 675/2019, 17 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>259</sup> STS 742/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>260</sup> La STS 361/2019, 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena, declaró la validez de la cláusula suelo incorporada en un préstamo hipotecario suscrito en 2008, que fue elevada en 2012 por el prestamista a cambio de conceder a los prestatarios una ampliación de capital y un periodo de carencia, ya que «los prestatarios, siendo conocedores de la existencia de la cláusula suelo y de sus efectos, puesto que durante las anualidades 2009 a 2012 la cláusula desplegó sus efectos e impidió que el interés bajara por debajo del 3%, negociaron una novación del préstamo hipotecario en el que, como contrapartida a una ampliación del capital prestado y a la concesión de un periodo de carencia, se elevaron tanto el diferencial como el tipo del suelo». Igualmente, la STS 422/2019, 16 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz.

<sup>261</sup> STS 468/2022, 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg.

<sup>262</sup> STS 366/2022, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>263</sup> La STS 99/2021, 23 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena, afirma que la negociación sobre el montante del préstamo, el plazo de reembolso o la incidencia de una divisa foránea no supone que sea negociada la cláusula que establece el mecanismo que determina como opera dicha divisa en el contrato.

ción<sup>264</sup>. En efecto, no hay negociación por el hecho de que el empresario ofrezca al adherente dos o tres posibilidades igualmente pre-dispuestas<sup>265</sup>. En definitiva, a la luz de la jurisprudencia referida, para considerar la novación como resultado de una negociación debería quedar acreditado que el consumidor acudió al banco para que le redujera el límite inferior a la variabilidad del interés, y que este aceptó su propuesta<sup>266</sup>, o que el banco hizo una oferta de un «precio» determinado y luego el consumidor realizó una contraoferta que fue la que finalmente se pactó, o que el empresario ofreció algo distinto a lo ofrecido en otros contratos.

La STJUE de 9 de julio de 2020, analizando el caso concreto, añade que «la circunstancia de que la celebración del contrato de novación al que se refiere al litigio principal se enmarque en la «política general» de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo (...), podría constituir un indicio de que el consumidor no pudo influir en el contenido de la nueva cláusula suelo». Asimismo, es un indicio que el banco «no facilitara al prestatario una copia del contrato y tampoco le permitiera que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento de su contenido». Nótese que todos estos argumentos son los que maneja la jurisprudencia más reciente para considerar que las cláusulas del acuerdo estudiado no son negociadas<sup>267</sup>.

Sobre el indicio relativo a que la novación se enmarque en una política general del banco, hay que apuntar que en la *praxis* se observa que una misma entidad no ofrecía la misma rebaja en todos los casos, ni dicha rebaja se adaptaba al contenido de la cláusula precedentemente incluida en cada uno de los contratos. La jurisprudencia estudiada nos demuestra que un mismo banco, ante una misma cláusula suelo, ofrecía modificaciones diferentes. En efecto, una misma entidad bancaria, ante la misma cláusula suelo del 3,25%, la reduce en algunos casos al 2,65%<sup>268</sup>, mientras que en otros al 2,25%<sup>269</sup>. Asimismo, otra entidad bancaria diferente, ante la misma cláusula suelo, realiza en unos casos una rebaja del

---

<sup>264</sup> SSTS 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo. La STJUE 16 enero 2014, asunto C-226/12, declara que, «el hecho de que ofrezcan varias alternativas estandarizadas a los clientes, entre las cuales puedan elegir, no suprime el carácter impuesto del contrato».

<sup>265</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 2002, p. 124.

<sup>266</sup> Según GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 441, la negociación que impide los controles específicos no puede fundamentarse únicamente en que la iniciativa para celebrar el contrato provenga del cliente.

<sup>267</sup> Por todas, STS 441/2021, 23 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>268</sup> STS 914/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>269</sup> STS 915/2021, 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

1,25%<sup>270</sup> y en otros del 1%<sup>271</sup>. Y en este sentido hay más casos. Así pues, podría argumentarse que, al no cumplirse el requisito de la generalidad, la cláusula por la que se nova la cláusula suelo no puede ser menos que negociada<sup>272</sup>. Con todo, en esos casos en que no se cumple el requisito de la generalidad, la jurisprudencia no considera la rebaja de la cláusula suelo como fruto de una negociación. En mi opinión, que no se cumpla con el requisito de la generalidad no puede ser el pretexto para concluir que el consumidor influyó en el contenido de la cláusula, pues las ofertas descritas pudieron ser impuestas y las diferencias de «precio» obedecer a la diferente condición de cada uno de los prestatarios. Es decir, a un prestatario se le podía ofrecer una rebaja «mejor» porque, por ejemplo, había contratado más productos vinculados que otro, sin que realmente existiera negociación. En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que pueden ser cláusulas no negociadas aquellas que no están destinadas a incorporarse una pluralidad de contratos, siendo prescindible el criterio de la generalidad<sup>273</sup>. Como he explicado, parece que el criterio decisivo es que la cláusula se dispusiera a instancia de una propuesta del consumidor.

Además, creo que el hecho de que el profesional no entregara al consumidor una copia del contrato y que tampoco le permitiera que se lo llevara consigo para que pudiera tener conocimiento de su contenido, no es un indicio determinante de que la cláusula fuese no negociada. Es cierto que si el consumidor se lleva consigo una copia de la oferta de contrato parece no cumplirse el requisito de la celeridad que impregna la contratación con condiciones generales, mas no parece imposible que el consumidor pueda influir en el contenido de una cláusula aun sin llevarse la copia del contrato a casa<sup>274</sup>. Yo creo que más bien este hecho permitiría al consumidor comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar<sup>275</sup>, y en definitiva podría servir como indicio para acreditar la transparencia de la cláusula. En efecto, según la jurisprudencia, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del

<sup>270</sup> STS 876/2021 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>271</sup> STS 877/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>272</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Blog Derecho mercantil*, 2020

<sup>273</sup> Según la STS 222/2015, 29 de abril, P. Rafael Saraza Jimena, el requisito de la generalidad es en realidad innecesario, por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y 2 TRLGDCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado.

<sup>274</sup> Según MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, que el prestatario no se lleve copia del contrato nada tiene que ver con que ese prestatario haya podido influir o no en las cláusulas del acuerdo novatorio. En contra, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Derecho mercantil España*, 2020.

<sup>275</sup> STS 743/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica, se habría obtenido mediante el suministro al consumidor, con una antelación más que suficiente respecto de la celebración del contrato, de una información breve y clara sobre las principales características del préstamo<sup>276</sup>.

De lo hasta ahora expuesto habrá podido notarse que, conforme a la legislación vigente, es muy difícil argumentar que las cláusulas del acuerdo enjuiciado son negociadas. Para ello el predisponente tiene que probar que, a instancia del adherente, modificó la cláusula que ofrecía inicialmente en uno o más contratos. En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que la contratación bancaria, por lo general, es extraña a la negociación individual, ya que tiende a la contratación mediante modelos unitarios que permitan rapidez y uniformidad en los contratos<sup>277</sup>. Más aun, se parte de la premisa (presunción *iuris tantum*) de que los contratos bancarios son contratos predispuestos con condiciones generales de la contratación<sup>278</sup>. Asimismo, la doctrina sostiene que la posible negociación excluyente de cualquier control se revela como hipótesis prácticamente excepcional<sup>279</sup>. En efecto, la *praxis* diaria de nuestros tribunales se considera de partida toda cláusula (incluso relativa al precio y la contraprestación) como no negociada «a poco que el consumidor combata de alguna forma su interpretación o aplicación o se considere que no influyó *prima facie* en su decisión de compra»<sup>280</sup>. En la mayoría de los supuestos en los que se aprecia que la cláusula es fruto de una negociación, la cláusula resulta válida por otras razones: no es consumidor el deudor, no existe desequilibrio, etc. Cuando se invoca el carácter negociado de una cláusula suele tratarse de argumento secundario<sup>281</sup>.

Con todo, y aunque es muy discutible, puede razonarse que la naturaleza de la transacción formalizada conduce a considerar que sus cláusulas son negociadas<sup>282</sup>. Y no solo porque, como se ha argumentado, a las cláusulas predispuestas que regulan elementos esenciales del contrato les falte uno de los requisitos necesarios para con-

<sup>276</sup> STS 744/2021, 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán.

<sup>277</sup> Así lo resalta la STS 364/2016, 3 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo, que cita a su vez la STJUE de 16 enero 2014, asunto C-226/12, que señala que «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 93/13/CEE y en el TRLGDCU, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente».

<sup>278</sup> STS 158/2022, 1 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>279</sup> PAGADOR LÓPEZ, 1998, pp. 296 ss.

<sup>280</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>281</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 (a).

<sup>282</sup> Asimismo, CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

siderarlas condiciones generales, esto es, la imposición<sup>283</sup>, afirmación que es muy controvertida por no provenir de un criterio normativo<sup>284</sup>. Repárese que la transacción a la que nos referimos solo se compone de dos prestaciones y se ofrece aislada de otros conjuntos contractuales y de otras cláusulas no relevantes. Como no es un contrato «cargado» con regulación adicional a las mutuas concesiones, no puede ser menos que negociado, tanto si se rechaza como si se acepta. A mi juicio, la apreciación global del acuerdo lleva a la conclusión de que no se trata de un contrato de adhesión que contiene cláusulas no negociadas individualmente. Y recuérdese que el elemento decisivo en nuestra legislación es que el contrato sea o no un contrato de adhesión (art. 1.2 *in fine* LCGC). En efecto, el acuerdo descrito no es un contrato de adhesión, porque solo hay prestaciones centrales, sin zona periférica<sup>285</sup>. El acuerdo estudiado no cumple, a diferencia de los contratos de adhesión, con el objetivo de reducción de costes de celebración y regulación de los contratos celebrados con la empresa que evitaría la discusión de determinadas cláusulas<sup>286</sup>, simplemente porque esas cláusulas no existen. No es necesario regular otros términos de la transacción mediante condiciones generales, que permita a las partes concentrarse sobre los puntos esenciales sin renunciar a una regulación detallada, simplemente porque esos otros términos no se regulan. Al formalizar la transacción, el consumidor tiene pleno conocimiento de las cláusulas sobre las que se proyecta su influencia, de sus implicaciones para el resto del contenido contractual, de sus dere-

<sup>283</sup> Según ALFARO ÁGUILA-REAL, 2002, pp. 132-133, no puede afirmarse que los empresarios imponen a los clientes el precio o la prestación por el hecho de que lo presenten sobre la base de lo toma o lo deja, precisamente porque el cliente no se ve afectado en su libertad contractual por la forma de contratar. Para el consumidor es una alternativa razonablemente disponible la de renunciar a contratar, y acudir a otro oferente, si considera que el precio del contrato es muy elevado. La STS 406/2012, de 18 junio, P. Javier Orduña Moreno, se muestra favorable a estimar el carácter negociado de las cláusulas relativas al tipo del interés remuneratorio pactado, «no sólo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras». Con todo, nuestro contrato es una transacción, cuya finalidad es resolver una controversia y evitar un litigio, por lo que el consumidor no puede renunciar a contratar y acudir a otro oferente.

<sup>284</sup> La STS 44/2022, de 27 de enero, P. Pedro José Vela Torres, entre otras, reitera que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario, ni equivale a dicha negociación la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. En sentido parecido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANCO, 2000, p. 44, quien argumenta que el artículo 1 LCGC alude a «cualesquiera otras circunstancias». Asimismo, el artículo 9.2 LCGC se refiere a la nulidad de condiciones generales que regulen elementos esenciales del contrato. Además, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que no constituye un alegato eficaz del predisponente la prueba de que el consumidor disponía de otras alternativas razonables a las de no contratar en absoluto [cfr. Comunicación de la Comisión sobre «directrices interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 CEE» (2019/C323/04)].

<sup>285</sup> ROYO MARTÍNEZ, ADC, 1949, p. 62

<sup>286</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 34.

chos legales en caso de no existir dicha cláusula, etc., lo que evidencia que está en una posición negociadora<sup>287</sup>. Históricamente una transacción nunca ha sido juzgada como un contrato de adhesión, sino por las reglas civiles generales, lo que demuestra que es un contrato por negociación. En efecto, no tiene sentido que una transacción sea un contrato de adhesión. Si la causa de la transacción es eliminar la incertidumbre para evitar la provocación de un pleito, va de suyo que las partes implicadas negocien. Todo esto no comporta que la transacción en cuestión no pueda ser nula conforme a las reglas generales, por lo que queda sujeta a las previsiones normativas de los artículos 1265 CC y concordantes para caso en que haya mediado error, dolo violencia o intimidación<sup>288</sup>.

## 7.2 REQUISITOS DE TRANSPARENCIA DE LA NOVACIÓN

### 7.2.1 Prolegómenos

Como se ha dicho con anterioridad, si la cláusula de rebaja del suelo ha sido predispuesta por el empresario, entonces debería cumplir con las exigencias de transparencia. En efecto, como esta cláusula define el objeto del contrato de transacción, solo se puede entrar a valorar su posible carácter abusivo si dicha cláusula no es transparente (art. 4.2 Directiva 93/13). La jurisprudencia civil, con fundamento en la STJUE de 9 julio de 2020, llega a la conclusión de que se tienen que cumplir una serie de circunstancias concurrentes que, tomadas conjuntamente, permiten apreciar la transparencia de la cláusula que establece la nueva limitación del tipo de interés.

### 7.2.2 La STS de 9 de mayo de 2013

Una de las circunstancias a tomar en consideración es que la novación se hubiera producido después de la STS 241/2013, de 9 de mayo, que genera un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia<sup>289</sup>. En ocasiones, en el propio documento privado se hace referencia a dicha sentencia o a la pendencia de una acción colectiva contra prácticamente todas las cláusulas

<sup>287</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, 1998, pp. 296 ss.

<sup>288</sup> STS 61/2022, 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>289</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020, juzga esta circunstancia insuficiente, pues en muchos casos el banco no informó al consumidor de que la cláusula suelo podía ser nula por falta de transparencia, y por tanto no había ninguna controversia sobre ello.

las suelo de España<sup>290</sup>. En otras, el documento alude a «la problemática surgida con las cláusulas suelo, incluida la actual tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las mismas»<sup>291</sup>. Mas, en mi opinión, ni siquiera el consumidor tenía que saber por una sentencia que la cláusula suelo podía ser no transparente. Lo esencial de la transacción es que haya un estado de mínima contienda o controversia entre las partes contratantes. Esta controversia, como dijimos, es de carácter subjetivo, y basta con que las partes tengan posiciones enfrentadas sobre la cláusula suelo, sin necesidad de que la contienda traiga causa de una sentencia anterior. Es decir, es perfectamente posible que, antes de que se dictara la STS 241/2013, un banco y consumidor llegaran a una transacción sobre una cláusula suelo porque sus posiciones sobre la misma divergieran<sup>292</sup>. Ahora bien, es cierto que tanto esta sentencia como otras posteriores provocaron que la cláusula suelo fuera un tema de opinión pública, por lo que verdaderamente pudieron ser el detonante para que muchos consumidores supieran sobre la existencia de estas cláusulas y para que, en definitiva, comenzara la controversia. De hecho, la jurisprudencia ha considerado que, si la novación se produce mucho antes de la STS 241/2013, «no cabe suponer que los prestatarios estuvieran previamente advertidos, por circunstancias o conocimientos extra negociales, de la carga jurídica y económica derivada de las cláusulas suelo y de su eventual nulidad, ni del fenómeno de litigiosidad masiva a que dieron lugar»<sup>293</sup>.

### 7.2.3 Transparencia y expresión manuscrita

También es necesario suministrar al prestatario información para que pueda percatarse de que su tipo de interés no bajará del nuevo suelo. Así, la transcripción manuscrita por la que el prestatario afirma que entiende que el tipo de interés no bajará del nuevo suelo puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia de la cláusula. Repárese que en prácticamente todos los casos que conoce la sala, el documento privado en que se formaliza la transacción contiene, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que este manifiesta que «comprende que el tipo de interés nunca bajará del x por ciento». En mi opinión, que

<sup>290</sup> SSTS 336/2021, 18 de mayo; 339/2021, 18 de mayo; 633/2021, 27 de septiembre; y 746/2021, de 2 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena; entre otras.

<sup>291</sup> SSTS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>292</sup> Por ejemplo, en el caso enjuiciado por la STS 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena, el acuerdo se firmó en 2010.

<sup>293</sup> STS 158/2022, 1 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

los documentos incluyan, junto a la firma del cliente, la referida expresión manuscrita es una consecuencia directa de lo previsto en el artículo 6 Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y tiene como finalidad última que la modificación de la cláusula suelo a la baja resulte transparente<sup>294</sup>. En general, la constancia de la expresión manuscrita declarando que se es consciente de los riesgos que se derivan del contrato cuando este incluye determinadas cláusulas es un requisito más relacionado con la transparencia en los contratos de préstamo hipotecario sobre vivienda celebrados con consumidores. Mecanismo que algunos autores han considerado adecuado para cumplir con el control de transparencia de la cláusula suelo<sup>295</sup>.

La particularidad que presenta la STS 893/2021, de 21 de diciembre<sup>296</sup>, a diferencia de la generalidad de casos enjuiciados por la Sala, es que en el documento en el que se formalizaba la transacción tenía un espacio destinado a una declaración manuscrita que debía decir «soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual». Sin embargo, tal declaración manuscrita no se efectuó. Según el TS, la expresión manuscrita, prevista en el artículo 6 Ley 1/2013 para el préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo, es también exigible a la novación del préstamo hipotecario, «porque dicha novación consiste en introducir una cláusula suelo» y, además, porque viene motivada por la falta de transparencia con la que se incluyó la cláusula en la escritura. Al no haber cumplido esta exigencia legal de transparencia y no concurrir otras circunstancias excepcionales que permitan considerar suplida esta obligación legal, la cláusula que establece el nuevo suelo es nula y carece de eficacia.

Parece que la sentencia referenciada entiende que la exigencia de la expresión manuscrita prevista en el artículo 6 Ley 1/2013 debe aplicarse analógicamente (art. 4.1 CC) a la novación del préstamo hipotecario. Observemos que el principal argumento de la sentencia glosada para aplicar el artículo 6 Ley 1/2013 a la novación es que esta consiste en introducir una (nueva) cláusula suelo. Mas, en mi opinión, no es posible la aplicación analógica del precepto, pues no existe «semejanza» ni «identidad de razón» entre el supuesto de hecho regulado (el préstamo hipotecario con cláusula suelo) con el no regulado (la novación). En efecto, el contexto que rodea la formalización del préstamo hipotecario con cláusula suelo y el que

---

<sup>294</sup> La exigencia de expresión manuscrita en el artículo 79 bis.7 LMV es único antecedente normativo inmediato.

<sup>295</sup> Cfr. ALBIEZ DORHMANN Y CASTILLO PARRILLA, *La Ley*, 2016.

<sup>296</sup> P. Rafael Saraza Jimena.

rodea la posterior transacción novatoria es muy distinto. Es posible que cuando el consumidor firmó el préstamo hipotecario no supiera sobre la incidencia que tendría la cláusula suelo, por lo que tendría cierto sentido la expresión manuscrita para salvar la «sorpresa». Pero en el tiempo en el que el consumidor formaliza la transacción novatoria es seguro que ya sabía que la cláusula suelo impedía que el tipo de interés bajara del tipo suelo reducido. Además, la transacción a la que me refiero es un contrato mucho más simple que el préstamo hipotecario con cláusula suelo, pues no está saturado de regulación adicional a las recíprocas concesiones. Obsérvese que la *novatio in minus* no puede suponer la «introducción» del contenido de la regulación que se está disminuyendo. Por consiguiente, no se está «pactando» una cláusula suelo, sino novando a la baja la existente, en el seno de una transacción. A diferencia del préstamo hipotecario con cláusula suelo, la novación a la baja de una cláusula suelo es un negocio que un menor puede realizar ahora por sí mismo, si en el contrato original estaba bien representado (dejando al lado la renuncia a acciones), pues no contiene un acto de gravamen (art. 247 CC)<sup>297</sup>. A mi juicio, si la lógica de la sentencia comentada fuera correcta, es decir, que la novación por la que se modifica a la baja una cláusula suelo consiste realmente en introducir una cláusula suelo, entonces al formalizar dicha novación habría que repetir el protocolo de los artículos 14 y 15 LCCI y la evaluación de la solvencia, y habría también que volver a tasar la finca<sup>298</sup>. Nótese que, como expondré a continuación, otras sentencias de la Sala han considerado que el artículo 6 Ley 1/2013 no es aplicable a la novación por la que se suprime la cláusula suelo y se establece de un tipo de interés fijo<sup>299</sup>; ni a la novación consistente en la eliminación de la cláusula suelo con posterioridad a la aplicación de un tipo fijo durante un periodo de tiempo<sup>300</sup>; ni tampoco a la novación por la que se excluye la cláusula suelo y se mantiene o modifica el tipo de interés variable inicialmente previsto<sup>301</sup>. Y ello porque las referidas novaciones no suponen la introducción de una cláusula suelo, sino su completa eliminación en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario.

Como tendremos oportunidad de observar a continuación, en términos generales la jurisprudencia civil anotada está declarando

<sup>297</sup> Cfr. ÁLVAREZ MORENO, 2021.

<sup>298</sup> MARTÍN FABÁ, *Blog CESCO*, 2022.

<sup>299</sup> SSTS 530/2021, 13 de agosto, P. Rafael Saraza Jimena, 622/2021, 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena; 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>300</sup> STS 589/2020, 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>301</sup> SSTS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile y 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

transparente la modificación a la baja de la cláusula suelo cuando se dan las siguientes circunstancias: (i) constancia de la expresión manuscrita; (ii) novación formalizada después de la STS 241/2013, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de las cláusulas suelo; (iii) incidencia práctica que había tenido la evolución del índice de referencia en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando el prestatario (iv); información de la evolución del índice de referencia oficial publicada por el Banco de España (v); información sobre el índice de referencia en los años anteriores reflejada en el documento privado. En mi opinión, con excepción de la expresión manuscrita, la información a la que se refieren los requisitos anteriormente enumerados es una información disponible para todo consumidor, y por tanto el consumidor de la sentencia comentada disponía de ella. Observemos, por tanto, que la sentencia anotada declara no transparente la cláusula suelo reducida únicamente por la ausencia de expresión manuscrita, porque todos los demás requisitos requeridos para apreciar la transparencia de la cláusula se daban en el caso, aunque no se diga<sup>302</sup>. Así pues, la sentencia se aparta de su doctrina precedente, que interpretada a *sensu contrario* establece que la ausencia expresión manuscrita no es suficiente, por sí sola, para afirmar que la nueva cláusula suelo no es transparente, aunque sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar su *intransparencia*. Entonces, de la sentencia comentada puede también inferirse que, si la escritura de préstamo original contiene la expresión manuscrita, la cláusula suelo es transparente. Si así fuera, no entraría en juego el artículo 1208 CC para cualquier novación posterior sobre la cláusula suelo, pues la *prior obligatio* no es nula.

En sentido parecido, la DGRN considera que con la presencia de la expresión manuscrita se materializa la superación del control de transparencia de la cláusula suelo, por lo que la falta de constancia de la expresión tiene como consecuencia la falta de transparencia de la cláusula, negándose en consecuencia su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>303</sup>. Expresión manuscrita que, según la DG y cierta jurisprudencia menor debería aplicarse expansivamente<sup>304</sup>. Así, aun-

<sup>302</sup> Según ALFARO ÁGUILA-REAL, *Blog Derecho Mercantil*, 2020, esa postura sería correcta, porque, un consumidor atento y perspicaz no escribe de su puño y letra que comprende el mecanismo de la cláusula suelo si no lo comprende

<sup>303</sup> RRDGRN 6547/2017, 19 de mayo; 7888/2016, 15 de julio y 3794/2015, 12 de marzo; entre otras.

<sup>304</sup> Según la RDGRN 14180/2015, 10 de diciembre, «frente a la opinión de quienes defienden una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva *pro-consumidor* en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros». Ideas asumidas por la SAP Pontevedra (Sección 1.ª) 371/2020, 25 de junio.

que la norma comentada se refiere específicamente al prestatario persona física, también se aplica al hipotecante no deudor persona física<sup>305</sup>. Asimismo, debe exigirse la expresión manuscrita cuando se contrata un instrumento de cobertura, que vaya asociado al préstamo hipotecario, aunque no implique la simultánea y necesaria contratación de dicho instrumento en el momento de formalizarse el préstamo hipotecario<sup>306</sup>. Igualmente, debe exigirse la expresión manuscrita del prestatario cuando el contrato de préstamo contenga cláusulas que de algún modo limiten la variabilidad del tipo de interés. Así, debería ser exigible la expresión manuscrita del consumidor en préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que no se devengarán intereses negativos (es decir, a favor de la parte prestataria) y siempre que se den los demás requisitos que recoge el artículo 6 de la Ley 1/2013<sup>307</sup>. Finalmente, no puede el prestatario renunciar a redactar la expresión manuscrita por considerarse suficientemente informado<sup>308</sup>. Por tanto, según la DG, debe exigirse la expresión manuscrita en todos aquellos casos en que resulte aplicable el contenido del artículo 6 Ley 1/2013 de manera extensiva, para que pueda lograrse un efectivo fortalecimiento de la posición del deudor hipotecario en este tipo de préstamos.

#### 7.2.4 La evolución pasada y futura del índice de referencia

Como expusimos, la STJUE de 9 de julio de 2020 afirma que no hay que poner a disposición del consumidor la evolución futura del índice de referencia, porque son variaciones que «dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional». Anteriormente, la STJUE de 3 marzo 2020, asunto C-125/18, descartó el deber de comunicar la información sobre la previsible evolución futura del IRPH. Ahora bien, el profesional debe poner a disposición del consumidor la evolución pasada del índice utilizado para calcular el tipo de interés, obligación que también proviene de la STJUE de 3 de marzo de 2020. En efecto, mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo suelo que se le propone. Esta es una exigencia que no impo-

<sup>305</sup> RDGRN 10955/2014, 29 de septiembre.

<sup>306</sup> Por todas, RDGRN 2129/2014, 5 de febrero.

<sup>307</sup> Por todas, RDGRN 11323/2018, 20 de julio.

<sup>308</sup> RDGRN 3794/2015, 12 de marzo.

nía la STS 205/2018<sup>309</sup>, pero que ha sido asumida por la jurisprudencia civil más reciente.

En la jurisprudencia se observa que se satisface este requisito si se cumplen una serie de circunstancias que se toman en consideración conjuntamente. Con todo, dichas circunstancias pueden dividirse en dos grupos. El primer grupo se refiere a información proporcionada por el banco. Así, porque consta en el documento privado que el banco había informado a los clientes de la previsión de la variabilidad al alza y a la baja del tipo de interés<sup>310</sup>. Asimismo, porque en el propio documento se especifica el valor del índice en el momento de la novación<sup>311</sup>. O porque simplemente consta la puesta a disposición de la información sobre la evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés<sup>312</sup>. También cuando el documento refleja el valor del índice en el momento de la novación y asimismo dispone que «no se prevé su alza generalizada a corto plazo»<sup>313</sup>, a lo que se puede unir un segundo documento con la evolución del Euribor<sup>314</sup>. O cuando el documento contiene un anexo de «la evolución del índice de referencia en los años anteriores, por ejemplo, desde 1999 hasta 2015»<sup>315</sup>, mediante la inserción de un gráfico<sup>316</sup> o varios<sup>317</sup>. También porque el documento contenía la información de la evolución del índice de referencia en los años anteriores, mediante la inserción de un gráfico, y la declaración de que «no se prevé su alza generalizada a corto plazo»<sup>318</sup>. O simplemente cuando consta la puesta a disposición de la información gráfica sobre evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés<sup>319</sup>.

El segundo grupo se refiere a una serie de información que es disponible para cualquier consumidor. Así, la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España. Asimismo, la incidencia práctica que había tenido esta evolución en

<sup>309</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>310</sup> STS 464/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>311</sup> SSTS 760/2021, 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo y 766/2021, 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>312</sup> STS 429/2021, 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>313</sup> SSTS 241/2021, 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena; 465/2021, 29 de junio; 466/2021, 29 de junio; 649/2021, 13 de octubre; 697/2021, 13 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>314</sup> STS 737/2021, 2 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>315</sup> STS 243/2021, 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>316</sup> STS 764/2021, 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>317</sup> STS 49/2021, 4 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>318</sup> SSTS 646/2021, 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena y 882/2021, 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>319</sup> STS 474/2021, 20 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando el prestatario<sup>320</sup>. Obsérvese que la información sobre la evolución del índice a través de la liquidación de la cuantía de las cuotas y de la publicación por el banco de España es accesible para cualquier consumidor.

Entonces, qué sentido tiene que el prestamista informe de algo que es abierto y disponible<sup>321</sup>. Parece que el TJUE se ha dado cuenta de esta incongruencia. Como hemos dicho, la STJUE de 3 de marzo de 2020 estableció como parámetro de transparencia que la entidad prestamista facilite al consumidor información sobre la evolución pasada del índice. En concreto, debía comprobarse el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de «cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible». Sin embargo, esta obligación ha sido matizada de forma significativa por los AATJUE de 17 de noviembre de 2021, recaídos en los asuntos C-655/2020, a instancia de un Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, y C-79/21, a instancia de uno Juzgado de Barcelona, al declarar que: «el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles ya accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financie-

<sup>320</sup> Por todas, STS 466/2021, 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>321</sup> Con todo, la STS 355/2022, 3 de mayo, P. Pedro José Vela Torres, en relación con producto de inversión, afirma que para entidad de servicios de inversión la obligación de información es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión.

ras». En mi opinión, si estas resoluciones han provocado que el TS matice su doctrina en materia de cláusula IRPH<sup>322</sup>, también debe servir para que el propio Tribunal elimine como parámetro de transparencia de la cláusula novatoria que el prestamista proporcione en el documento contractual información sobre la evolución pasada del Euribor.

### **7.2.5 Exigencias de transparencia cuando la novación no consiste propiamente en reducir una cláusula suelo**

Según la jurisprudencia, estas exigencias de transparencia que se acaban de formular no se deben cumplir si la modificación de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la completa eliminación de la cláusula suelo en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario. No se introdujo, por tanto, una nueva cláusula suelo sobre la que deban proyectarse las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia aplicables a tales cláusulas. Por ello, no concurre el supuesto de hecho del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige la inclusión, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del préstamo hipotecario.

En estos casos, se afirma que es suficiente para superar el control de transparencia el contexto en el que se lleva a cabo la novación, después de que la STS 241/2013, de 9 de mayo, provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia. En estos supuestos, las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación de un interés remuneratorio a tipo fijo son fácilmente comprensibles por cualquier consumidor<sup>323</sup>. Mas aun cuando en el propio documento se fija el importe exacto de las cuotas mensuales, de modo que el consumidor puede compararlo con el importe de las que viene pagando por aplicación de la cláusula suelo<sup>324</sup>. O cuando las partes, a iniciativa de los prestatarios, ya habían pactado anteriormente otra novación del tipo de interés, consistente en una rebaja del límite

<sup>322</sup> SSTS 423/2022, 25 de mayo, P. Ignacio Sancho Gargallo; 67/2022, 1 de febrero, P. Pedro José Vela Torres; 42/2022, 27 de enero, p.; Ignacio Sancho Gargallo; y 43/2022, 27 de enero, P. Rafael Saraza Jimena; entre otras muchas.

<sup>323</sup> SSTS 60/2022, 1 de febrero; 644/2021, 28 de septiembre; y 643/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraille; entre otras.

<sup>324</sup> STS 622/2021, 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena.

mínimo de variabilidad<sup>325</sup>. Estas circunstancias son suficientes para que la estipulación en la que se suprime el interés variable con un límite mínimo y se establece un interés fijo, con indicación del importe de las cuotas mensuales, pueda superar el control de transparencia, pues un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de esa novación<sup>326</sup>.

Tampoco se requerirán los requisitos de transparencia descritos si la novación consiste en suprimir el interés mínimo y restablecer el sistema de interés variable fijado en el préstamo originariamente, manteniendo el diferencial pactado<sup>327</sup> o con un incremento de dicho diferencial<sup>328</sup>. Ni tampoco cuando la modificación suponía la sustitución del interés variable por uno fijo, durante los primeros meses, para que luego operara el interés variable pactado originariamente<sup>329</sup>. En ese caso, el sistema de interés variable que regiría pasado el tiempo en que el interés se convertiría a un tipo fijo, era el previsto en el contrato originalmente, que es justamente el interés que el consumidor está interesado en que se aplique<sup>330</sup>. A mi juicio, en estos casos la jurisprudencia sí aplica de forma adecuada el principio de analogía o interpretación expansiva, pues no extiende los requisitos de transparencia de la cláusula suelo a la novación mediante la que se establece un tipo fijo o uno variable sin limitación. En efecto, la referida novación no es supuesto semejante o que guarde identidad de razón con el préstamo hipotecario con cláusula suelo. Finalmente, debe ponerse de manifiesto que en estos casos en los que la novación supone la introducción de un tipo de interés fijo, los documentos que reflejan dicha novación no suelen contener una cláusula de renuncia de acciones, y cuando lo contienen se declara no transparente, como veremos posteriormente<sup>331</sup>.

### 7.2.6 Conclusión parcial

Notemos entonces que se está equiparando el control de transparencia de la nueva cláusula suelo con el de la cláusula suelo original. Pero como expliqué previamente, no tiene sentido, en mi

<sup>325</sup> STS 424/2022, 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>326</sup> STS 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>327</sup> STS 157/2022, 1 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>328</sup> STS 407/2021, 15 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>329</sup> STS 827/2021, 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>330</sup> STS 208/2021, 19 de abril, p: Rafael Saraza Jimena.

<sup>331</sup> Por todas, STS 312/2022, 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

opinión, que sean iguales las condiciones de transparencia de la nueva cláusula suelo que las de la original, pues ambas cláusulas se contienen en acuerdos muy diferentes. La cláusula suelo novada pasa a ser, en todo caso, una cláusula que define el objeto «único» del contrato, porque la cláusula como tal es la entraña de un contrato de transacción. Nótese que una transacción como la enjuiciada es un contrato más simple que un préstamo hipotecario con cláusula suelo, pues el flujo de información que se requiere para comprender el primero es mucho menor que para entender el segundo. En el contrato transaccional lo principal es la nueva cláusula suelo, mientras que en el préstamo hipotecario había otros elementos relevantes. Esta distinción pone de manifiesto que la transparencia que requerimos a la cláusula suelo original no puede ser cualitativamente idéntica a la que requerimos a la cláusula suelo novada; y mucho menos que las exigencias de transparencia de la novación sean aún más rigurosas y severas que las de la cláusula suelo, que es lo que se desprende de la jurisprudencia analizada. Los requisitos de transparencia de la cláusula suelo no se pueden aplicar expansivamente a un supuesto con el que no guarda semejanza. Por consiguiente, el control de transparencia sobre la nueva cláusula suelo no debe centrarse en un tema de comprensión de las particularidades del mecanismo que supone la cláusula suelo y sus posibles escenarios, sino en el entendimiento que supone renunciar a un crédito contingente a cambio de una remuneración o ventaja, que es lo que venía a sostener la STS 205/2018, de 11 de abril.

### 7.3 SOBRE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA

#### 7.3.1 Interpretación o transacción sin causa onerosa

La última jurisprudencia civil a la que hemos hecho referencia está declarando nulas casi todas las cláusulas de renuncia de las transacciones que enjuicia, pues se refieren a cuestiones ajenas a la controversia o a acciones futuras: a «cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado –del contrato de préstamo–, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha». Entonces, la cláusula tampoco puede disponer que se «renuncia expresamente a la interposición de reclamación de cualquier naturaleza o tipo (judicial o extrajudicial) y con los más amplios efectos con relación al préstamo hipotecario (...), y en especial, sobre la cláusula limitativa de tipo de interés (suelo y/o

techo)»<sup>332</sup>. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez. En consecuencia, se declara la nulidad de la cláusula suelo y se procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo.

Según esta lógica, la cláusula de renuncia debe limitarse a las acciones relativas «a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha». Por ejemplo, a «toda acción reclamatoria sobre la cláusula suelo, ya sea administrativa, judicial, arbitral o de cualquier otra índole (...)»<sup>333</sup>. Tampoco sería nula la cláusula de renuncia, por exceder su objeto del *caput controversum*, que establece que «los prestatarios dan por buenas las liquidaciones de intereses devengados hasta la fecha en la que tenga efecto lo pactado en la estipulación primera, liquidaciones que se han efectuado de acuerdo con los límites a la variación a la baja (suelo) pactados, por lo que declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la citada cláusula, ni judicial ni extrajudicialmente»<sup>334</sup>. Ni la que reza que «con la firma del Acuerdo, ambas partes declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la cláusula suelo. Por tanto, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula, así como a entablar reclamaciones extrajudiciales o acciones judiciales con dicho objeto, tanto en acciones individuales como en las derivadas de cualquier acción de carácter general o difuso»<sup>335</sup>. Ni tampoco la que dispone que «ambas partes declaran formalmente que, una vez cumplido el contenido de este acuerdo, no tienen nada más que reclamarse en relación con la nulidad de la cláusula suelo y sus efectos»<sup>336</sup>.

Ahora bien, podría razonarse que, a pesar de que la literalidad de la cláusula condujera a sostener que la renuncia se refiere a acciones futuras y que exceden del *caput controversum*, debería interpretarse dicha cláusula conforme al artículo 1815 CC, y concluirse que la renuncia del consumidor se refiere a la acción de nulidad de la cláusula suelo original<sup>337</sup>. Según la primera parte de este precepto de carácter interpretativo, la transacción, por su naturaleza, no puede alcanzar a otros objetos que los expresados

<sup>332</sup> SSTS 482/2022, 14 de junio y 61/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>333</sup> STS 675/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>334</sup> STS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>335</sup> SSTS 407/2021, 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo y 143/2022, 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>336</sup> STS 60/2022, 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>337</sup> Según MANRESA Y NAVARRO, 1914, p.123 esta norma sobre interpretación tiene su origen en D. *de trans*, 2, 15

determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma<sup>338</sup>. Este artículo es, en realidad, una concreción del artículo 1283 CC, que previene que no deberán entenderse comprendidos en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar, y requiere una remisión al arbitrio judicial para, en el supuesto de duda, determinar con precisión el objeto de la disputa que ha cesado por la transacción<sup>339</sup>. La segunda parte del artículo 1815 CC establece que la renuncia general de derechos debe entenderse referida a los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción. Esto es, sienta el principio de mínima extensión de los efectos de la renuncia de derechos en la transacción y, en ese sentido, constituye un trasunto de la regla general que subyace en los artículos 6.2 y 1289 CC<sup>340</sup>. Dicha norma tiene como presupuesto la cláusula general de renuncia a las acciones o pretensiones o derechos que uno de los transigentes tenga contra el otro, y ordena que se entienda limitada a los relacionados con la disputa transigida<sup>341</sup>. En efecto, si la renuncia es general y las partes estipulan que después de la transacción nada queda pendiente entre ellas, debe entenderse comprendida en aquella solo las cuestiones que hubiera entre los contratantes<sup>342</sup>.

Pues bien, habrá podido notarse que la jurisprudencia aludida no somete a la cláusula a una interpretación conforme al artículo 1815 CC. En cambio, la jurisprudencia aprecia normalmente la validez de la estipulación que modifica a la baja la cláusula suelo, pero declara nula la renuncia y, en consecuencia, procede restituir

<sup>338</sup> Como sostiene la STS 642/2008, 8 julio, P. Xavier O'Callaghan Muñoz, el art. 1815 CC es una norma de interpretación complementaria a las previstas en los artículos 1281 a 1289 CC. No obstante, extramuros de la legislación de consumidores, GULLÓN BALLESTEROS, 2015 (a), ha considerado que, si los términos utilizados son claros en el sentido de que nada tienen que reclamarse entre sí por ningún concepto, es lógico que la transacción abarque cuantas cuestiones pudieran mediar entre las partes, no solo la específicamente contemplada en el acuerdo transaccional.

<sup>339</sup> OGAYAR AYLLÓN, 1982 (a).

<sup>340</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (c). Como afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, 1989 (b), el artículo 1289 CC debe entenderse unido al principio de conservación de los contratos, pues, según su hipótesis, el contrato presenta dudas de resolución imposible, intentando que produzca efecto, en el caso de que tales dudas versen sobre elementos accidentales del contrato. Asimismo, Díez-PICAZO, 2007 y GARCÍA VICENTE, 2013.

<sup>341</sup> CARRASCO PERERA, 2021 (c) y RODRÍGUEZ MORATA, 2013 (a). En contra, la STS 929/2000, 11 de octubre, P. Antonio Gullón Ballesteros, señala que «la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para que la renuncia de derechos subjetivos sea eficaz jurídicamente atañen sólo a las abdicativas, y no es aplicable al contrato de transacción, porque ésta es un contrato en el que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias. Son renunciaciones de sus pretensiones a cambio de reconocimientos parciales de los mismos. Una transacción en modo alguno puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos».

<sup>342</sup> STS 6 febrero 1959, P. Acacio Charrín y Martín Veña.

todas las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo original<sup>343</sup>; aunque si en la demanda se piden cantidades desde el 9 de mayo de 2013 deberá acordarse así por razones de congruencia<sup>344</sup>. En mi opinión, es doctrina común en materia de condiciones generales de la contratación que el control que se obtiene con la interpretación es previo al que se consigue con la nulidad (art. 1288 CC)<sup>345</sup>. La interpretación con las reglas del CC es incluso previa a las reglas de interpretación del artículo 6 LCGC<sup>346</sup>. Es preferible no declarar ineficaz una cláusula cuando se puede conseguir el efecto deseado por medio de un criterio de interpretación del conjunto (art. 1285 CC)<sup>347</sup>.

Nótese que la solución de nulidad parcial a la que llega la jurisprudencia no tiene en cuenta la regla que subyace en el artículo 1284 CC, esto es, que es preferible una interpretación que conduzca a la eficacia de la cláusula de renuncia, no a su ineficacia, limitando sus efectos a las acciones de nulidad que pudieran nacer de la controversia surgida sobre la cláusula suelo. En efecto, es racional entender que las partes que han dado comienzo a una relación jurídica prefieren que dicha relación surta efectos a que no los surta<sup>348</sup>. Con todo, el principio de conservación del contrato (art. 1091 CC) no parece de grado superior al principio de rescisión o nulidad de los contratos (arts. 1290 y 1300 CC)<sup>349</sup>. Por ello, no podemos pensar que la nulidad es excepcional y que el principio general es la conservación del contrato<sup>350</sup>. Y lo mismo sucede con la resolución, aunque en principio un incumplimiento leve no la pueda provocar<sup>351</sup>. En

<sup>343</sup> Según CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020, por pura lógica, antes es la interpretación «correctora» que la «reducción invalidante» de una cláusula.

<sup>344</sup> STS 34/2021, 26 de enero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>345</sup> En efecto, prevalece una interpretación más favorable para el consumidor (arts. 5 Directiva 93/13/CEE, 6.2 LCGC y 80.2 TRLGDCU). Como expone Díez-PICAZO, 2007, primero el juez debe seleccionar entre todos los significados posibles de la cláusula el más beneficioso para el predisponente, para, a continuación, analizar dicho significado a la luz de las normas del control de validez y declarar, si procede, la ineficacia de la cláusula. Cuestión distinta es que en la *praxis* el artículo 1288 CC haya sido utilizado para practicar un control de validez de cláusulas no negociadas (Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 y la jurisprudencia que cita)

<sup>346</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 444.

<sup>347</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020. Como expresa, entre otras, la STS 898/2021, 21 diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo, la búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

<sup>348</sup> MANRESA Y NAVARRO, 1914, p. 712. La STS 31 marzo 1980, P. Manuel González Alegre y Bernardo, sostiene que «la interpretación de todo contrato debe conducir a evitar su ineficacia, porque racionalmente ha de presumirse en sus otorgantes el propósito de que tenga efectividad».

<sup>349</sup> CARRASCO PERERA, 2021

<sup>350</sup> Díez-PICAZO, 2007.

<sup>351</sup> Cfr. BASOZABAL ARRUE, 2022, p. 59.

efecto, no existe un principio preferente de salvar el contrato o la cláusula en vez de anularlos, pues el *favor negotii* en esta materia tiene unos límites, representados por las restantes normas interpretativas. En última instancia, la regla del artículo 1284 CC solo debe aplicarse en la medida en que con ella se consiga el resultado amparado por artículo 1281. II, es decir, no puede aplicarse al margen de la voluntad común de las partes, en cuya búsqueda el artículo 1284 CC es un medio<sup>352</sup>. Es evidente que una interpretación conforme al artículo 1815 CC conduciría a una solución que es conforme a la voluntad de las partes. En efecto, solo la renuncia a la acción de nulidad de la cláusula suelo es la que puede comprender en la intención común de las partes<sup>353</sup>. Si interpretamos la cláusula conforme a la intención común de los contratantes, sería ilógico comprender que las partes estaban renunciando a todas las acciones que en el futuro les correspondieran contra la otra<sup>354</sup>. En cambio, es la solución de nulidad parcial descrita la que deja una transacción no correspondiente con los intereses y con las intenciones de las partes. Podríamos entender que la causa concreta de la transacción, que se refiere a los motivos y al fin común perseguido por las partes en la celebración de dicho negocio, queda totalmente desvirtuada<sup>355</sup>. La nulidad parcial referida tampoco se corresponde con la naturaleza (art. 1286 CC) del contrato de transacción. Una transacción sin contraprestación de una de las partes no tiene la naturaleza típica de la transacción, sino de la renuncia unilateral. Y repárese que la nulidad parcial no es posible cuando la eliminación de la cláusula desnaturalice el contrato o afecte a uno de sus elementos esenciales (art. 9.2 LCGC).

Obsérvese, además, que la consecuencia de la interdependencia causal entre dos contratos sería que la desaparición o extinción de uno de los contratos arrastraría como regla la del otro, por una desaparición sobrevenida de la causa, lo que tendría como consecuencia la posibilidad de instar la resolución u otro tipo de ineficacia<sup>356</sup>.

<sup>352</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>353</sup> La referencia del artículo 1281. II CC a la «intención evidente de los contratantes», supone que lo que ha de averiguarse por medio de la interpretación es la voluntad concorde de los contratantes (Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, 1989). Según la STS 30 abril 1982, P. Jaime Santos Briz, «los tribunales han de atender la voluntad común de ambos y desatender la voluntad interna meramente subjetiva de cualquiera de ellos (...), de modo que la intención común de los contratantes no es lo que ellos quisieron, sino lo que decida un observador imparcial, en este caso el tribunal *a quo*, con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley, como se deduce del art. 1258 CC».

<sup>354</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>355</sup> Cfr. RUIZ ARRANZ, 2019, pp. 102-104.

<sup>356</sup> La jurisprudencia admite que, en caso de conexión causal, la nulidad o resolución del contrato «principal» se extiende al contrato coligado, como ocurre con el contrato de financiación que deviene ineficaz cuando se resuelve contrato por el que se procura el bien o servicio financiados. Así, según la STS 120/1996, 26 de febrero, P. Francisco Morales Morales, el arrendamiento financiero se extingue cuando se resuelve el contrato de

También la interdependencia causal entre dos obligaciones contractuales recíprocas tendría como consecuencia que la desaparición de una de ellas conlleva que su correspondiente deje de tener causa onerosa, y sería posible la extinción sobrevenida del contrato por resolución<sup>357</sup>. Si, como decíamos, la transacción es un contrato sinalagmático, la ineficacia de la renuncia a reclamar la nulidad de la cláusula suelo, que es la prestación del consumidor, deja privada de causa onerosa a la contraprestación realizada por el banco (art. 1274 CC), que es la reducción o eliminación de la cláusula suelo, y el contrato debería ser ineficaz. Nótese que la solución por la que opta la jurisprudencia deja un contrato parcialmente nulo privado de su carácter sinalagmático y oneroso, pues la contraprestación del banco, la reducción de la cláusula suelo, no es ya correspondiente de otra, sino una liberalidad unilateral. La causa onerosa se convierte entonces en una mera liberalidad del bienhechor. Nótese que la renuncia a la acción de nulidad de la cláusula suelo solo puede tener causa onerosa suficiente, en el sentido del artículo 1274 CC, en la rebaja del suelo, y no en una renuncia a derechos futuros<sup>358</sup>.

El origen de la nulidad parcial puede encontrarse en D. 45, 1, 1, 5: *neque vitatur utilis per hanc inutilem*. Así, la estipulación válida no queda afectada por la parte inválida del acuerdo. No obstante, como se ha apuntado, la nulidad parcial no era una máxima o regla general imperante en Roma, sino la base de la decisión de algunos casos determinados. No existe pues una tendencia a mantener el contrato sin la parte inválida. Parece que, a partir de la Edad Media, con sustento en el pasaje apuntado, la regla *utile per inutile non vitatur* se convirtió en un principio de Derecho común, conduciendo en algunos casos a resultados insatisfactorios, sobre todo cuando la parte inválida consti-

---

venta con el proveedor. Asimismo, en la STS 494/2012, 20 de julio, P. Juan Antonio Xiol Ríos, se resuelve el contrato de financiación cuando se extingue el contrato de enseñanza de idiomas vinculado. Recientemente, la STS 145/2022, 23 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR\2022\98429), extiende la nulidad del del contrato de adquisición del producto financiero al contrato de crédito vinculado. Cfr. PALOMINO MORALED A, *Blog CESCO*, 2022. Por tanto, como regla, la consecuencia de la interdependencia causal entre dos contratos es que la desaparición de uno de ellos provoca la del otro. Pero además de la doctrina de la causa, la extensión de los efectos extintivos entre los contratos coligados depende de diversas consideraciones adicionales al propio hecho de la coligación (Cfr. CARRASCO PERERA, 2021).

<sup>357</sup> DE CASTRO Y BRAVO, 1985. p. 167. Como explica CLEMENTE MEORO, 1998, pp. 20-23, parece que fueron los *iusnaturalistas* los que asentaron la idea de que las obligaciones de las dos partes de un contrato recíproco eran dependientes, condicionales la una de la otra, de manera que si uno no cumplía el otro no tenía que cumplir y podía abstenerse. Según el autor citado, esta misma idea de interdependencia entre las obligaciones nacidas de los contratos bilaterales es manifestada por Bartolo a través de la figura de la causa, considerando que en la compraventa el pago del precio constituye la causa de la obligación del vendedor, de manera que el incumplimiento de esta obligación por el comprador faculta para resolver por medio de la *condictio ob causam*, y extendiendo este razonamiento a los demás contratos.

<sup>358</sup> CARRASCO PERERA, *Blog CESCO*, 2020.

tuía un elemento esencial del negocio. Ante esta situación se propuso que la intención de las partes en el negocio se enfatizara, debiéndose examinar la voluntad real o la voluntad presumible de aquellas. De este modo, si es posible inducir que las partes quisieron o hubieran querido el contrato, aun sin la parte inválida, el resto del contrato debe valer pese a la nulidad, que en tal caso es una nulidad parcial. Si la valoración de la voluntad de las partes conduce a la solución contraria, la regla ha de ser la de la nulidad total<sup>359</sup>. Normalmente, la nulidad de una cláusula que tiene una influencia decisiva en el consentimiento de las partes provocará la nulidad de todo el contrato<sup>360</sup>.

Por tanto, en el Derecho común solo ha sido posible aplicar la regla *utile por inutile non vitiatur* o de nulidad parcial si se induce que las partes quisieron o hubieran querido el contrato, aun sin la parte inválida. En ese caso, el resto del contrato debe valer pese a la nulidad parcial<sup>361</sup>. Pero si la valoración de la voluntad de las partes conduce a la solución contraria, es decir, que su intención no era celebrar el contrato sin la parte inválida, la regla ha de ser la de la nulidad total<sup>362</sup>. Es, pues, una cuestión de interpretación de la voluntad contractual<sup>363</sup>. Mas nótese que en muchos casos resulta prácticamente imposible determinar si las partes hubieran o no celebrado el contrato sin la parte inválida, pues las partes normalmente no se representan este problema al tiempo que formalizan el contrato. Por tanto, la voluntad real queda reemplazada por una voluntad hipotética, esto es, por una evaluación de los intereses de las partes conforme al estándar de un hombre leal<sup>364</sup>. La voluntad hipotética puede considerarse como un paradigma objetivo de justicia del intercambio contractual<sup>365</sup>. La voluntad de las partes debe apreciarse objetivamente, tomando en consideración los elementos del negocio afectado<sup>366</sup>. No se trata de la voluntad real de los contratantes, sino de la voluntad de contratantes ideales<sup>367</sup>. Por tanto, podríamos afirmar que la resultante de transacción parcialmente nula no se corresponde con la voluntad hipotética de las partes ni con la naturaleza del contrato

<sup>359</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 76, que cita como ejemplos de nulidad parcial D. 18, 1, 34; D. 13, 6, 17 y D. 28, 4, 2.

<sup>360</sup> RUIZ MUÑOZ, 1991, p. 326.

<sup>361</sup> Idea que ha quedado plasmada en el artículo 1419 CC italiano, el cual reza que la nulidad de una cláusula determinará la nulidad total del contrato si resulta que las partes no lo hubieran celebrado sin la parte ineficaz.

<sup>362</sup> Según la STS 12 noviembre 1987, P. Matías Malpica González-Elipe, no es posible la nulidad parcial porque, en el caso, sería necesario que recayera una nueva voluntad de las partes sobre lo que ha de ser su objeto.

<sup>363</sup> ALBIEZ DHORMANN, 1994, p. 84.

<sup>364</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 76.

<sup>365</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>366</sup> DÍEZ-PICAZO, 2007.

<sup>367</sup> RUIZ ARRANZ, *Indret*, 2019, p. 83.

de transacción. Las partes no hubieran querido la subsistencia del contrato de transacción sin la parte eliminada.

Con todo, puede decirse que en la actualidad la nulidad parcial ha sido elevada a regla general frente a la nulidad total, sobre todo en sectores en los que existe una parte contractual débil a la que se pretende proteger con dicho tipo de nulidad<sup>368</sup>. En los casos en que el mandato de la norma sea la nulidad parcial, como el artículo 83 TRLGDCU (siempre que pueda subsistir), parece a él habrá de estarse, siendo indiferente cuál haya sido la voluntad de los contratantes, en concreto la del predisponente. El predisponente, en muchos casos, no habría celebrado el contrato si la cláusula inválida, por lo que podría alegar su voluntad hipotética para pretender la nulidad total<sup>369</sup>. El establecimiento de una validez contractual parcial, cuando alguna o algunas cláusulas non nulas, que no remite a la voluntad hipotética de las partes, trata de evitar las consecuencias perjudiciales que para el consumidor puede tener la nulidad del contrato, como puede ser la restitución de su prestación<sup>370</sup>. Recientemente, la jurisprudencia del TJUE ha justificado la nulidad parcial en el restablecimiento del equilibrio de los derechos y obligaciones, mediante la eliminación de la cláusula, y no declarar nulos todos los contratos que contengan cláusulas abusivas<sup>371</sup>. Ahora bien, en estos sectores la nulidad parcial se antoja difícil cuando se trata de una cláusula que regule un elemento esencial del contrato, sin el cual las partes no lo hubieran formalizado<sup>372</sup>. Normalmente no se producirán problemas de subsistencia cuando las cláusulas se refieran a elementos accesorios, como penas convencionales, limitaciones de responsabilidad o de jurisdicción aplicable<sup>373</sup>.

Así las cosas, podría objetarse que una interpretación de la cláusula conforme al artículo 1815 CC tendría como finalidad reducir hasta términos justos una cláusula abusiva, por lo que se conculcaría la doctrina europea según la cual, y en aras del principio de efectividad, las cláusulas nulas por abusivas no pueden ser moderadas ni integradas, sino que se eliminarán sin más<sup>374</sup>; excepto si la abusividad de la cláusula provoca que el contrato no subsista, y el consumidor queda expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales a

<sup>368</sup> ALBIEZ DHORMANN, 1994, p. 85.

<sup>369</sup> SARAZA JIMENA, 1994, p. 30.

<sup>370</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 341 a 342.

<sup>371</sup> STJUE 14 marzo 2019, asunto C-118/17.

<sup>372</sup> Cfr. RUIZ MUÑOZ, 1991, p. 338.

<sup>373</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, 2020.

<sup>374</sup> SSTJUE 14 junio 2012, asunto C-618-2010, 30 mayo 2013, asunto C-512/19 y 27 de enero 2021, asuntos acumulados C-229/19 y C-289/19. Esta jurisprudencia se refiere, en esencia, a cláusulas penales, y tiene un objetivo de prevención general, pues perdida la posibilidad de la moderación, se eliminan los incentivos para introducir cláusulas abusivas.

causa de dicha nulidad, supuesto en que es posible la integración con una norma de derecho nacional<sup>375</sup>. Regla que, aunque parece clara en sus términos<sup>376</sup>, no ha sido cumplida escrupulosamente por la jurisprudencia comunitaria ni por la nacional, pues conduce a situaciones desequilibradas, normalmente en perjuicio del predisponente<sup>377</sup>. Perniciosas consecuencias que, como se ha dicho, quebrantarían el objetivo de la Directiva 93/13/CEE de conseguir una regulación equilibrada<sup>378</sup>. Repetimos que la solución a la que llega la más reciente jurisprudencia civil, considerando nula la cláusula de renuncia y permitiendo impugnar la cláusula suelo, deja una transacción parcialmente nula que no se corresponde con los intereses de las partes, que no respeta la naturaleza del contrato ni tampoco el sinálgama transaccional. En estos casos en los que la nulidad parcial no se corresponde con la voluntad común hipotética de las partes, ya que estas no hubieran celebrado el contrato sin la cláusula nula, quedando afectada por consiguiente la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato, el TJUE ha considerado que el contrato no subsiste (adaptando un enfoque objetivo), para así permitir la integración con una norma de derecho nacional<sup>379</sup>. Además, puede razonarse que la

<sup>375</sup> SSTJUE 30 abril 2014, asunto C-26/13; 21 enero 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13; y 26 marzo 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17. Esta jurisprudencia se refiere, por un lado, a cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato de préstamo, cuya nulidad supondría que el prestatario tendría que reembolsar todo el capital pendiente y, por otro, a la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, cuya nulidad tendría como consecuencia que el prestamista no podría reclamar el capital prestado y los intereses debidos a pesar de un incumplimiento grave del prestatario.

<sup>376</sup> Según las SSTs (Pleno) 265/2015, 22 de abril, P. Rafael Sarza Jimena; 469/2015, 8 de septiembre, P. Rafael Sarza Jimena y (Pleno) 705/2015, 23 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres, «la conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos en el Derecho español en el art. 1258 CC, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor».

<sup>377</sup> En materia de intereses moratorios, la STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, ha permitido la integración del contrato conforme a una interpretación integradora, y eso que el contrato no es nulo en su totalidad en perjuicio del consumidor. Así, el TJUE ha validado la doctrina del TS (por todas, STS 63/2019, 31 de enero, P. Eduardo Baena Ruiz), según la cual, una vez declarada abusiva la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo con consumidores, debe aplicarse el interés remuneratorio como indemnización por el retraso. También podría entenderse que en materia de cláusulas que imponen el pago de los gastos de constitución del préstamo, la STJUE 16 julio 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, ha permitido la integración conforme al derecho dispositivo, aunque el contrato subsista sin la cláusula. El caso de la subsistencia del préstamo hipotecario tras la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado será tratado a continuación.

<sup>378</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 468.

<sup>379</sup> La determinación de si el contrato puede o no subsistir ha de resolverse conforme a Derecho nacional. Pero adaptando un enfoque objetivo, es decir, no puede basarse en los intereses de una sola de las partes. La referencia más clara a esta doctrina se encuentra en

nulidad de la transacción perjudicaría al consumidor, al que se le volvería a aplicar la cláusula suelo original<sup>380</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia civil ha determinado que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado deja como resultado un préstamo hipotecario nulo parcialmente, que no se corresponde con la voluntad hipotética de las partes. Así, «el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. En efecto, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario. Estaríamos, pues, en un supuesto en el que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas». En este caso es posible una integración del préstamo hipotecario con una norma de derecho nacional (art. 24 LCCI)<sup>381</sup>.

---

las Conclusiones de la Abogada General, de 29 de noviembre de 2011, asunto C-453/10, que hace suyas las consideraciones de la STJUE 15 marzo 2012, asunto C-453/10. También se refiere a ello la STJUE 26 marzo 2019, asuntos C-70/17 y C-179/17; los tres AATJUE 3 julio 2019, asunto C-92/16, asunto C-167/16 y asunto C-486/16 y la STJUE 2 septiembre 2021, asunto C-932-19. Sobre un minucioso análisis del enfoque objetivo de subsistencia cfr. RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 97 ss.

<sup>380</sup> Según la Comunicación de la Comisión Europea, sobre «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE» (2019/C323/04), hasta la fecha, el TJUE no ha declarado explícitamente si el órgano jurisdiccional nacional debe determinar el interés del consumidor en la nulidad del contrato, basándose exclusivamente en criterios objetivos o en la preferencia del consumidor según lo expresado en el proceso. No obstante, hay argumentos sólidos para respetar la preferencia de los consumidores, teniendo en consideración que el consumidor incluso puede insistir, en el proceso, en que se aplique una cláusula contractual abusiva. Así, de la STJUE 14 marzo 2019, asunto C-118/17, se desprende que el interés del consumidor en la nulidad del contrato coincidía con la solicitud del consumidor. En sus Conclusiones de 14 de mayo de 2019, asunto C-260/18, el Abogado General considera que la preferencia de los consumidores es decisiva. Finalmente, en la STJUE 26 marzo 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, el tribunal hace referencia a una evaluación que debe llevar a cabo el órgano jurisdiccional nacional, en vista del Derecho nacional aplicable, pero no excluye que el órgano jurisdiccional nacional plantee esta pregunta al consumidor.

<sup>381</sup> STS (Pleno) 463/2019, 11 de septiembre, P. Pedro José Vela Torres. No obstante, afirma CARRASCO PERERA, 2021, que la sentencia aplicó un test no permitido por la jurisprudencia del TJUE ni por el artículo 83 TRLGDCU: si, atendiendo la voluntad hipotética de las partes, estas hubieran contratado sin incluir la cláusula en cuestión. A su juicio, de aplicarse en el resto de los contextos, ningún contrato podría subsistir sin la cláusula. Cfr., con todo, RUIZ ARRANZ, *Indret*, 2019, pp. 59 ss.

Extrapolando dicha jurisprudencia a nuestro caso, podríamos concluir que al considerar abusiva la cláusula de renuncia, que supone un elemento esencial del contrato de transacción, esta no podría subsistir, conforme a la voluntad común hipotética de las partes, en perjuicio del consumidor. Entraría por tanto en juego la excepción a la regla europea expuesta y, en definitiva, podría integrarse el contrato o, en rigor, interpretarlo conforme al artículo 1815 CC<sup>382</sup>. Aplicando a nuestra transacción este modo de entender las cosas, la renuncia se ceñiría a reclamar la nulidad de la cláusula suelo y los intereses pagados en su virtud, que sería «cosa juzgada» (art. 1816 CC). Mas nótese que la solución a la que se llega con este razonamiento es la misma que se alcanza si practicáramos una interpretación de la cláusula de renuncia, conforme al artículo 1815 CC, de forma previa a fiscalizar su contenido; con la ventaja añadida de que si interpretamos antes de realizar el control de contenido no tendríamos que razonar sobre la compleja cuestión de la «subsistencia» del contrato.

Con todo, podría afirmarse que la suerte de nulidad parcial a la que llega la referida jurisprudencia no crea una situación tan perjudicial o inequitativa para el predisponente como la que provoca la nulidad parcial del préstamo hipotecario tras la declaración de abusividad de las cláusulas de intereses moratorios o de vencimiento anticipado. En estos casos, si el contrato no se recompone, el acreedor, a pesar de un incumplimiento flagrante del consumidor, no puede pedir ningún tipo de indemnización por el retraso ni resolver el contrato por incumplimiento para solicitar la restitución del capital y los intereses prestados e impagados. Mas en nuestro caso, la nulidad parcial de la transacción tiene como consecuencia que el banco conserva los intereses que de cara al futuro le proporcionará la nueva cláusula suelo, y aunque la vieja sea declarada nula, la entidad solo tiene que restituir importes hasta la fecha de formalización de la novación. Por consiguiente, cuanto más perjuicio cause al empresario la nulidad de la cláusula y la subsistencia (parcial) del contrato, menos obstáculos se pondrán para la recomposición del contrato.

---

<sup>382</sup> La integración debe ser con una norma supletoria de derecho interno. Mas no cabe la integración con normas que remitan a la equidad o los usos, pues estas no han sido objeto de una valoración específica del legislador a efectos de distribuir equilibradamente los derechos y obligaciones de las partes en el contrato (SSTJUE 3 octubre 2019, asunto C-260/18 y 25 noviembre 2020, asunto C-269/19).

### 7.3.2 **Sobre la transparencia de la renuncia que se ciñe al *caput controversum***

A pesar de lo dicho con anterioridad, la jurisprudencia sostiene que el hecho de que la cláusula de renuncia de acciones se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo no excluye que haya que examinar la transparencia y, en su caso, la abusividad, pues se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, en el sentido del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. Observemos que según la STS 205/2018, de 11 de abril, la transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones se produce cuando el consumidor conoce que no podrá solicitar la nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato inicial de préstamo. Por tanto, según esta doctrina, la cláusula de renuncia sería no transparente si el banco no informó de que una de las contrapartidas a la modificación de la regulación del tipo de interés consistía en la renuncia del prestatario a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo<sup>383</sup>.

Sin embargo, según la jurisprudencia civil más reciente, por influjo de la STJUE de 9 de julio de 2020, la renuncia será transparente cuando proceda de un consentimiento «libre e informado», lo que solo sucederá si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que la renuncia conllevaba. En particular, el consumidor debe disponer de la información pertinente que le hubiera permitido «comprender las consecuencias jurídicas y económicas que se derivaban para él de tal cláusula». Las «consecuencias jurídicas» derivadas de la cláusula de renuncia de acciones sobre la cláusula suelo son que, a cambio de la seguridad de que en adelante el límite inferior a la variabilidad del interés se suprima, no podría reclamar las diferencias existentes entre lo que hubiera podido cobrar el banco por la aplicación de la original cláusula suelo. Y en relación con el «alcance económico» de la renuncia, esto es, las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, el TJUE precisó que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un «consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz», siempre que la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la infor-

<sup>383</sup> Cfr. STS 407/2021, 15 de junio, P. Rafael Saraza Jimena.

mación necesarios a este respecto, «haya puesto a su disposición todos los datos necesarios»<sup>384</sup>.

Por tanto, no se requiere que el prestamista informe de la cuantía exacta de estos intereses a los que el consumidor renuncia por aceptar la nueva cláusula suelo, pero sí requiere que ponga a disposición del prestatario los «datos necesarios» para que este pueda calcular la cuantía de las cantidades renunciadas, lo que es una novedad de la STJUE en relación con la STS 205/2018<sup>385</sup>. Se ha afirmado que este cálculo no es tan sencillo como una mera resta si no se dispone de cierta información que tiene el banco, teniendo en consideración el sistema de amortización, las fórmulas de matemática financiera aplicadas para calcular el interés variable, los cambios según el mes de referencia que se tome para el Euribor, etc. Se razona que el consumidor puede no ser plenamente consciente al renunciar, si el banco no le facilitó esos cálculos, de a qué concreto importe está renunciando al aceptar la nueva cláusula suelo<sup>386</sup>. Otros autores han entendido que si el banco no suministra ningún dato al prestatario para que pueda calcular los intereses indebidamente abonados, no se cumple con la transparencia material. Se sostiene que para el consumidor puede resultar sencillo averiguar las cantidades de amortización del préstamo que ha abonado hasta la fecha; pero le resultará muy difícil calcular, por sus propios medios, las cantidades que debería haber abonado si no se hubiera aplicado la cláusula suelo, pues supone realizar complejas operaciones de matemáticas financieras. Por tanto, se entiende que exigir al consumidor que averigüe ese dato es irrazonable. Para el prestamista, sin embargo, es fácil conocer ese dato, pues dispone de los medios técnicos para ello<sup>387</sup>.

De la jurisprudencia civil no se infiere con facilidad qué datos son los que tiene que proporcionar el banco al consumidor para que este sea capaz de calcular las cantidades a las que se renunciaba. En algunas ocasiones la jurisprudencia considera que no se proporcionan los datos para el cálculo, pero no especifica por qué<sup>388</sup>. Tampoco se proporcionan los datos necesarios para el cálculo de las cantidades renunciadas en un caso en el que solo figuraba en el acuerdo transaccional el importe de las liquidaciones de intereses cobrados por aplicación de la cláusula suelo durante los años 2013, 2014,

<sup>384</sup> Por todas, STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>385</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>386</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Almacén de derecho*, 2020.

<sup>387</sup> MARÍN LÓPEZ, *Blog CESCO*, 2020.

<sup>388</sup> SSTs 303/2022, 19 de abril; 157/2022, 1 de marzo; 143/2022, 22 de febrero; 644/2021, 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile; 806/2021, 23 de noviembre; 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:4223) y 622/2021, 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena.

2015 y 2016, en los siguientes términos (estipulación segunda): «(el banco) restituirá a los prestatarios parte de los intereses que hubiesen pagado en aplicación de dicha cláusula según lo acordado y la liquidación que se detalla a continuación, y que ambas partes fijan en un total de 1.100 euros mediante ingreso en su cuenta [...] Liquidación correspondiente al año: 2013: 281€ // 2014: 425,79 € // 2015: 347,49 € // 2016: 45,73 €»<sup>389</sup>.

No obstante, se ha considerado que sí se proporcionan los datos necesarios para el cálculo cuando se informaba a los prestatarios de cuál sería el interés que estarían pagando en el momento de formalizarse la novación (31 de julio de 2013) si no se aplicara la cláusula suelo a esa fecha, que sería del 1,907% (valor resultante de la suma del índice de referencia y el diferencial). Con esta información, los consumidores podían calcular fácilmente esas cantidades, teniendo en cuenta que, dada la proximidad de la fecha de referencia (el 9 de mayo de 2013, en atención a que el TS había declarado que las cantidades a devolver lo serían desde esa fecha), bastaría calcular la diferencia entre el interés aplicado desde entonces hasta el 31 de julio de 2013 (apenas tres meses), interés que era el suelo incluido en la originaria escritura (2,75%), y el que habría que aplicar si no existiera el suelo (1,907%). En la conclusión alcanzada resultaban determinantes tres elementos: (i) la claridad y fácil comprensión en la redacción de la cláusula; (ii) la información ofrecida sobre el valor que tenía el índice de referencia (Euribor) en el momento de pactarse la novación (0,507%); y (iii) la proximidad entre la fecha de la novación (31 de julio de 2013) y la fecha de referencia (9 de mayo de 2013) que delimitaba el periodo de tiempo en que se había aplicado la cláusula suelo inicial. La conjunción de estos factores, en aquel caso, permitían al prestatario calcular fácilmente la diferencia entre lo pagado por aplicación de la cláusula suelo controvertida y lo que hubiera pagado en caso de no haberse pactado o no haberse aplicado esa cláusula<sup>390</sup>. Por consiguiente, de esta sentencia se infiere que el banco proporciona los datos para que el consumidor pueda calcular los importes a los que renunciaba si aquel informa a este del valor del índice de referencia más el diferencial en el momento de la novación, lo que permitiría al consumidor saber cuánto debería haber abonado sin cláusula suelo en el periodo desde el 9 de mayo de 2013 hasta el 31 de julio de 2013, fecha en la que se produce la novación. Y, además, si el periodo en que es procedente la devolución de intereses, esto es, desde el 9 de mayo de 2013 hasta que se produce la novación, es

<sup>389</sup> STS 60/2022, 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

<sup>390</sup> STS 675/2020, 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo.

breve. Si es un periodo corto será más fácil para el consumidor calcular las cantidades que debería pagar sin cláusula suelo (en el caso, a un tipo de 1,907%) y con suelo (2,75%).

Sin embargo, se ha considerado que no se proporcionan los datos necesarios para el cálculo en un supuesto en que la concreta información facilitada a través de la oferta vinculante de la novación del préstamo (consistente en la supresión de la cláusula suelo) y en su anexo sobre posibles escenarios de evolución de tipos de interés, fue la siguiente: «(i) variación experimentada por el Euribor en los dos últimos años: 0,545%; (ii) durante los quince últimos años el valor máximo alcanzado por el Euribor fue del 5,393% (en julio de 2008), y el valor mínimo del 0,059% (en diciembre de 2015); (iii) calculada la cuota del préstamo con el tipo máximo del punto anterior ascendería a 1.091,12 € y con el tipo mínimo a 617,26 €; (iv) en la primera página de la oferta vinculante se informaba de que se puede hallar más información acerca de la evolución de los índices anteriormente detallados en la página web del Banco de España: [www.bde.es](http://www.bde.es) en el apartado Tipos de interés y de cambio; (v) en el anexo a la oferta vinculante se incluían, además, tres diferentes escenarios de tipo de interés». Según el TS, con esta información, un «consumidor medio, normalmente informado, y razonablemente atento y perspicaz», no podría calcular la cantidad que habría pagado en concepto de intereses remuneratorios de su préstamo hipotecario durante el periodo de referencia (del 9 de mayo de 2013 al 24 de febrero de 2016). Afirma la sentencia que el criterio adoptado en otras sentencias de informar sobre la evolución pasada del índice de referencia a través de la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, de la fijación en el propio documento del valor del índice en ese momento y de la publicación por el Banco de España, no puede extrapolarse al caso de la cláusula de renuncia, en el marco de un acuerdo transaccional, pues no se trata de comprender el riesgo futuro de que no pueda beneficiarse el deudor de la bajada del índice de referencia por debajo del suelo, sino de determinar las consecuencias económicas de la renuncia del consumidor, lo que exige que la información proporcionada permita, al menos, un cálculo estimativo de las mismas. Por ello, se concluye que en este caso el consumidor no ha podido conocer cabalmente las consecuencias económicas derivadas de la renuncia y, por tanto, la cláusula de renuncia litigiosa no supera el control de transparencia material<sup>391</sup>. A diferencia del supuesto anterior, parece que en este caso se considera que no se proporcionan los datos para

<sup>391</sup> STS 63/2021, 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile.

el cálculo porque no se informa del tipo de interés variable (índice de referencia y diferencial) en el momento de la novación, lo que a juicio de la Sala permitiría al consumidor calcular las cantidades que debía abonar sin la cláusula suelo.

Del mismo modo, se considera que no se informa de dichos datos en un caso en que si bien la redacción de la cláusula es asimismo clara y fácilmente comprensible y también se informa del valor del Euribor en la fecha de la novación (0,54%), no concurre aquel otro elemento adicional de la estrecha proximidad temporal entre el momento en que se pacta la novación y la fecha de retroacción de efectos de la anulación de la cláusula (9 de mayo 2013), resultante de la jurisprudencia entonces vigente. Ese intervalo no es de poco más de dos meses, como sucedía en aquel precedente, sino de ocho meses. Por ello, en este caso, con los datos proporcionados por la entidad financiera (limitados al dato del valor del Euribor en el momento de la novación), los prestatarios no estaban en condiciones de calcular fácilmente las consecuencias económicas de su renuncia, esto es, no podrían calcular la cantidad que habrían pagado en concepto de intereses remuneratorios de su préstamo hipotecario durante el periodo de referencia (del 9 de mayo de 2013 al 8 de enero de 2014) sin la cláusula suelo inicial<sup>392</sup>.

Por tanto, de dicha jurisprudencia se infiere que no se cumple con el requisito de proporcionar los datos necesarios para el cálculo de las cantidades a las que el consumidor renunciaba solo con la información pasada del índice de referencia, sino que es necesario información exacta sobre el valor del índice de referencia y del diferencial en el momento de la novación, lo que permitiría al consumidor conocer las cantidades que debería haber abonado sin cláusula suelo. Es además necesaria una estrecha proximidad entre la fecha de retroacción de efectos de la anulación de la cláusula suelo (9 de mayo de 2013) y el momento en que se practica la novación, que es el periodo en que los intereses pagados por aplicación de la cláusula suelo pueden ser devueltos. Por tanto, cuanto menor sea la proximidad entre dichas fechas más fácil será que se cumpla con el requisito de aportar los datos necesarios y, por ende, que la cláusula de renuncia sea considerada transparente.

Con todo, a mi juicio, el prestamista no debería tener que informar de esos datos. Es irrazonable exigir al empresario que instruya al cliente tanto de la cantidad que eventualmente habría de devolver al consumidor como de los datos necesarios para su cálculo, pues es una información disponible. Por lo que respeta a la posibilidad de calcular las cantidades que el consumidor debería haber

<sup>392</sup> STS 216/2021, 20 de abril, P. Juan María Díaz Fraile.

pagado si no se hubiese aplicado la cláusula suelo, es suficiente con la información disponible sobre el valor del Euribor y el conocimiento del diferencial fijado en el contrato, no siendo necesario que el prestamista informe expresamente del valor del Euribor al momento de perfeccionarse la novación. Es decir, se consigue el mismo resultado de una forma u otra. De hecho, con la información del tipo de referencia solo en el momento de la novación, el consumidor no podrá en cualquier caso calcular las cantidades que debería haber abonado sin cláusula suelo, porque el valor del tipo de referencia antes de la novación pudo ser distinto del valor en el momento de formalizarse la novación. Por lo demás, no es relevante para que el consumidor pueda calcular cuánto debería haber pagado sin cláusula suelo que el periodo en que es procedente la devolución de intereses sea más o menos largo (periodo que transcurre desde la fecha en que es procedente la restitución de intereses hasta el momento en que se firma la transacción). Es cierto que si el periodo es más dilatado el valor del tipo de referencia pudo variar, pero como dicho valor es una información disponible, el consumidor la puede utilizar para calcular las cantidades que debería haber abonado sin aplicar la cláusula suelo.

Por lo que respecta a los datos para que el consumidor pueda calcular los intereses abonados por aplicación de la cláusula suelo, el prestamista únicamente debería rendir cuentas de cuánto ha cobrado por intereses en cada amortización y en cuál de ellas aplicó una cláusula suelo. Finalmente, y como he explicado con anterioridad, dada la naturaleza de la transacción, es imposible que el consumidor pudiera tener conocimiento cierto sobre las cantidades a las que renunciaba, pues, por esencia, el objeto de la transacción es cosa dudosa. Si el consumidor estuviera plenamente informado de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal, no hubiera transigido, porque tendría entonces toda la información existente que le permitirían salir del estado de incertidumbre que es inherente a la transacción. No creo que podamos imputar al banco una obligación de informar de una cifra de dinero que es contingente<sup>393</sup>.

Finalmente, la Audiencia Provincial de Barcelona ha considerado, en mi opinión acertadamente, que la STJUE de 9 de julio de 2020 únicamente afirma que es necesario que el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las «consecuencias jurídicas» que se derivaban para él de tal cláusula, y no las «consecuencias económicas». En efecto, la referida STJUE concluyó que «la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un pro-

<sup>393</sup> Nótese que de C. 2, 5, 1 se infiere que el error de cálculo no invalida la transacción (Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, 1964, p. 167).

fesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como abusiva cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las «consecuencias jurídicas» que se derivaban para él de tal cláusula». Por tanto, mientras que en relación con la novación las exigencias de transparencia alcanzan tanto a las «consecuencias jurídicas» como a las «económicas», en relación con la renuncia solo alcanzan a las jurídicas. Por tanto, se sostiene que «lo que se exige es que el consumidor haya podido comprender perfectamente que la cláusula de renuncia incorporada en el contrato le impedía reclamar en el futuro las cantidades que le hubieran sido cobradas en el pasado por el banco en aplicación de la cláusula suelo. Pero no así el alcance concreto de esa renuncia, esto es, los períodos (pasados) a los que se podía referir (concretamente, si iban más lejos de 9 de mayo de 2013 o no) o bien el importe efectivo a que se estaba renunciando». Por tanto, se considera que la nueva jurisprudencia civil se estaría apartando de la doctrina comunitaria, cuando exige respecto de la cláusula de renuncia que se cumpla un deber de información que va mucho más allá de sus consecuencias jurídicas y conectan ese deber con datos económicos<sup>394</sup>. Y nótese que tiene sentido que no se tenga que informar sobre las consecuencias económicas de la renuncia, pues es un aspecto que pertenece al *caput controversum* de la transacción.

### 7.3.3 La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia

La jurisprudencia, con apoyo en la STJUE de 9 de julio de 2020, sostiene que la consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas o económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para él, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que se declare su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)<sup>395</sup>. Dejando por ahora de lado la reforma del

<sup>394</sup> Según las SSAP Barcelona (Sección 15.ª) 530/2022, 22 de marzo y 521/2022, 21 marzo, entre otras muchas, así lo habían entendido las SSTS 580/20 y 581/20, que siguen constituyendo la única jurisprudencia aplicable. Ello lleva a declarar la validez del pacto privado de modificación de la cláusula suelo y de la cláusula de renuncia, lo que impide atacar la cláusula suelo incorporada en el contrato inicial.

<sup>395</sup> SSTS 530/2021, 13 de julio, P. Rafael Saraza Jimena, 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile y 806/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile;

artículo 83 TRLGDCU, operada por la LCCI, que no constituye derecho vigente en los casos tratados por la jurisprudencia analizada, observemos que el legislador de la Directiva 93/13/CEE no especificó expresamente cuál era la consecuencia de la falta de transparencia de las cláusulas, excepto en lo relativo a la sanción de una interpretación *contra proferentem* (art. 5)<sup>396</sup>. Al incluir únicamente ese remedio, surgen dudas sobre cuál es la consecuencia jurídica ante la falta de transparencia de una cláusula<sup>397</sup>.

Por un lado, se ha razonado que de la letra del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE parece desprenderse que la falta de transparencia de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato permitiría fiscalizar su contenido, conforme a los parámetros del artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE<sup>398</sup>. En efecto, en ausencia de transparencia, es posible una revisión judicial de los precios<sup>399</sup>. Esta es la postura que ha tomado la jurisprudencia en numerosas ocasiones. Así, en materia de índice IRPH, se ha considerado que el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad. Es decir, la declaración de falta de transparencia sería una condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de abusividad. Además, aunque la falta de transparencia de la cláusula que fija el índice IRPH frustrara las legítimas expectativas del consumidor, que creía contratar un préstamo referenciado a Euribor, dicha falta de transparencia no supone su abusividad, pues el coste económico de un préstamo indexado a IRPH y el de otro referenciado al Euribor no parecen diferir demasiado, no causando pues la falta de transparencia un perjuicio o una desventaja al consumidor<sup>400</sup>. Por otra parte, se ha considera-

entre otras muchas.

<sup>396</sup> La Directiva 93/13/CEE solo hace referencia al concepto de transparencia en los artículos 4.2 y 5 y en los considerandos. Cfr. PAZOS CASTRO, *RDC*, 2018.

<sup>397</sup> Cfr. PERTÍÑEZ VÍLchez, 2013, p. 24 y 2017, pp. 77-100; CÁMARA LAPUENTE, *AAMN*, 2015, p. 390; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 y 2022, pp. 462-465; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *CCJC*, 2017; PAZOS CASTRO, 2017, p. 412-413 y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de derecho*, 2017 (a), (b), (c) y (d); entre otros.

<sup>398</sup> CÁMARA LAPUENTE, *AAMN*, 2015, p. 390; PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de derecho*, 2017 (a), (b), (c) y (d); y PAZOS CASTRO, 2017, p. 414; entre otros

<sup>399</sup> COLLINS, *OJLS*, 1994, p. 252.

<sup>400</sup> SSTs (Pleno) 585/2020, 6 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena y 127/2022, 18 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo, entre otras. En opinión de AGÜERO ORTIZ, *Indret*, 2020, p. 104, el fundamento de nulidad de estas cláusulas está en lo que el TS denominó «sesgo retrospectivo», es decir, la comparación a posteriori de otros préstamos sujetos a otro índice, que no fueron ofrecidos o que fueron rechazados por ser menos estables, o por adicionar un diferencial más alto y que, ahora, son más beneficiosos para los consumidores. Según TUGORES QUES, 2019, la mera comparación de trayectorias «ex post» de distintos índices «deberá encajarse con otras dimensiones, como una razonable proporcionalidad en la asunción de riesgos por parte de los firmantes de los contratos. Al fin y al cabo, de ese *reparto de riesgos* es de lo que tratan gran parte de los contratos financieros».

do que la falta de transparencia de la cláusula de solidaridad de un contrato de fianza no supone su carácter abusivo, pues constituye derecho dispositivo (art. 1822.2 CC), y no puede ser abusivo aquello que respeta el derecho dispositivo, según el artículo 1.2 Directiva 93/13/CEE<sup>401</sup>. Asimismo, la falta de transparencia de la cláusula que fija los honorarios profesionales del abogado no supone que la cláusula sea abusiva, pues dichos honorarios respetan y no exceden el modelo de referencia sobre el que comparar<sup>402</sup>. Igualmente, aunque se considerara no transparente la cláusula que establece la fórmula de cálculo de intereses anuales por un periodo de 360 días, no hay elementos de juicio para considerarla abusiva<sup>403</sup>. Y lo mismo puede decirse de una cláusula de intereses remuneratorios de una hipoteca denominada «tranquilidad»<sup>404</sup>. La jurisprudencia del TJUE también parece decantarse por este modo de entender las cosas<sup>405</sup>. Mas podría considerarse que no tiene sentido la afirmación de que la falta de transparencia de las cláusulas que regulan el precio o la contraprestación abra la puerta a controlar su contenido, pues dicho control fiscaliza el equilibrio jurídico, de los derechos y obligaciones de las partes, y no el económico<sup>406</sup>. Repárese que no se puede controlar el contenido de las cláusulas que regulan elementos esenciales sino existe un modelo de referencia sobre el que comparar. Para que haya justificación y posibilidad del control de contenido basta que exista un anclaje cualquiera, ya sea el Derecho dispositivo o una norma imperativa no directamente aplicable al

<sup>401</sup> Por todas, STS 101/2020, 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>402</sup> Las normas del colegio de abogados: STS 21/2020, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres. Cfr. DEL SAZ DOMINGUEZ, *Blog CESCO*, 2020 (b).

<sup>403</sup> STS 360/2021, 25 de mayo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>404</sup> STS 162/2021, 23 de marzo, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>405</sup> Los AATJUE 17 noviembre 2021, asuntos C-655/2020 y C-79/21, al responder las cuestiones específicamente dirigidas al efecto respecto de préstamos con interés variable referenciados al índice IRPH, declaran que «la respuesta a esta cuestión puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (...). Así, (...) de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva. De ello se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3.1 Directiva 93/13». La STJUE 26 febrero 2015, asunto C-143/13, afirma que, «aun cuando un Tribunal constate que las cláusulas enjuiciadas forman parte del objeto principal del contrato, en todo caso tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensibles». Asimismo, la STJUE 30 abril 2014, asunto C-26/13, parece que concibe el control de transparencia como un paso previo al control de contenido.

<sup>406</sup> PAGADOR LÓPEZ, *RDM*, 2016, p. 415.

supuesto de hecho, o incluso un uso o media de mercado, como el «interés superior al normal del dinero»<sup>407</sup>.

Por otro lado, podría razonarse que cuando una cláusula que regula un elemento esencial del contrato carece de transparencia, al igual que cuando hay error de una de las partes, no puede ser óptimo el intercambio o asignación de bienes que se realiza en virtud del contrato, porque una de las partes no recibe lo que realmente esperaba obtener del contrato, frustrándose sus legítimas expectativas. Esta circunstancia puede conducir a una lesión económica y a que posiblemente el intercambio no produzca la más eficiente asignación de bienes, ya que los costes del contrato son para una parte, al menos, superiores a los representados<sup>408</sup>. Podría incluso equiparse que el consumidor no recibiera lo que realmente esperaba obtener del contrato con un desequilibrio de los derechos y obligaciones contrario a la buena fe<sup>409</sup>. La falta de transparencia podría vincularse a la noción de contrariedad a la buena fe que se contiene en la definición de cláusula abusiva<sup>410</sup>. De hecho, si la cláusula no negociada que vulnera los postulados de claridad, concreción y sencillez no queda incorporada al contrato, a tenor del artículo 7 LCGC, entonces la cláusula no transparente es asimismo nula<sup>411</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia española también ha considerado que la falta de transparencia de determinadas cláusulas, que, a su juicio, regulan elementos esenciales del contrato, supone su abusividad. Así, la cláusula suelo no transparente provoca un perjuicio al consumidor, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia<sup>412</sup>. También la falta de transparencia o la ausencia de información sobre la cláusula multidivisa perjudica al consumidor, porque oculta graves riesgos para este, como la no

<sup>407</sup> CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>408</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, 2021.

<sup>409</sup> Como dice MIGUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 916, la regla que sanciona las cláusulas sorprendentes debe quedar comprendida en la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones. Asimismo, MIRANDA SERRANO, *Indret*, 2018, p. 17

<sup>410</sup> COLLINS, *OJLS*, 1994, p. 250.

<sup>411</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2000, p. 249 y 2015; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, pp. 109-153; ALFARO ÁGUILA-REAL, 2008, pp. 10-11 y CÁMARA LAPUENTE, *Indret*, 2017, p. 15.

<sup>412</sup> Entre otras muchas, declara la STS 19/2022, 17 de enero, P. María de los Ángeles Parra Lucán, que «es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero (...) no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia».

disminución del capital a medida que se van abonando las cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses<sup>413</sup>. Además, de cierta jurisprudencia del TJUE puede deducirse que la falta de transparencia puede ser un elemento para tener en cuenta a la hora de determinar el carácter abusivo de la cláusula<sup>414</sup>. Idéntica consecuencia se extrae de algunos textos de *soft law*<sup>415</sup>. En efecto, la falta de transparencia ha sido un elemento concluyente en la argumentación de los tribunales españoles para declarar abusivas las cláusulas en muchas ocasiones<sup>416</sup>.

Ante esta divergencia de posiciones, se ha afirmado que para la jurisprudencia civil y comunitaria la falta de transparencia se asimila a la abusividad «en unos casos sí y en otros no»<sup>417</sup>. Ahora bien, con la finalidad de realizar una propuesta razonable, puede afirmarse que, en principio, la falta de transparencia de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato no es una causa autónoma de nulidad, y únicamente será la condición necesaria para realizar el juicio de abusividad, conforme al artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y los artículos 82 y siguientes TRLGDCU<sup>418</sup>. Pero la falta de transparencia será una causa autónoma de nulidad siempre que pueda argumentarse que dicha falta de transparencia provoca al consumidor un perjuicio, o porque le coloca en una situación desventajosa. No habrá perjuicio ni desventaja cuando el contenido de una cláusula relativa al precio o la contraprestación no transparente «no exceda y respete» el marco de referencia con el que se compara, o siempre que no haya elementos de juicio para determinar dicho perjuicio. Asimismo, cabría que el adherente no pudiera hacerse una idea cabal de la trascendencia jurídica y económica de determinadas cláusulas, pero estas previsiones no tuvieran efectos negativos para él. Podría ser el

<sup>413</sup> STS (Pleno) 585/2020, de 6 noviembre, P. Rafael Saraza Jimena.

<sup>414</sup> Según la STJUE 3 octubre 2019, asunto C-621/17, la transparencia de una cláusula contractual que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, apreciación que corresponde al juez nacional en virtud del artículo 3.1 de dicha Directiva. Por su parte, la STJUE 7 de noviembre de 2019, asuntos C-419/18 y C-483/18, afirma que la apreciación del carácter potencialmente abusivo de esa estipulación y del acuerdo cambiario deberá tomar en consideración simultáneamente el requisito relativo al desequilibrio importante y la exigencia de transparencia que resulta del artículo 5 de la Directiva 93/13. Asimismo, la STJUE 28 de julio de 2016, asunto C-191/15, declara que el carácter abusivo de una cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de claridad y comprensibilidad del artículo 5 Directiva 93/13/CEE. Cfr. CÁMARA LAPUENTE, *CDT*, 2015, p. 392; MARTÍN FABA, *Blog CESCO*, 2019 y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (a).

<sup>415</sup> Artículo II.9:407 *DCFR* y artículo 83.2 a) *CESL*. Cfr. VAQUER ALOY, 2022, p. 1317.

<sup>416</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 y 2015 (b), y la jurisprudencia que cita.

<sup>417</sup> TOMILLO URBINA, *RDP*, 2021

<sup>418</sup> Dejaremos en este estudio de lado la tesis que sostiene que la falta de transparencia de la cláusula tiene como consecuencia la no incorporación de dicha cláusula al contrato (cfr. CÁMARA LAPUENTE, *Indret*, 2017, p. 15), pues es lo mismo que considerar que la falta de transparencia hace automáticamente nula la cláusula.

caso de que el coste económico del contrato realmente contratado (aplicando la cláusula no transparente), no fuera más elevado que el legítimamente esperado (sin la aplicación de dicha cláusula).

En definitiva, el TS se decanta porque la falta de transparencia de la cláusula de renuncia es perjudicial para el consumidor, lo que permite considerarla abusiva. No obstante, a diferencia de lo que sucede en otros casos, no se explica por qué la falta de transparencia de la cláusula de renuncia no es beneficiosa para el consumidor. Podría pensarse que el TS considera que una renuncia de derechos no transparente no reúne las condiciones precisas para asegurar su validez, dada la interpretación restrictiva que hace dicho Tribunal de las renunciaciones, y más si no tienen contraprestación. Nótese que una renuncia unilateral de derechos no transparente es una renuncia de derechos nula, ni tan siquiera abusiva, control que no es posible practicar aquí, porque una renuncia (no una transacción) no es un acto de tráfico que admita control de equidad de los derechos y obligaciones de las partes. Igual que una donación o una condonación, que no pueden ser abusivas. Otra cosa es que pueda haber una renuncia de derechos no transparente.

Con todo, la renuncia estudiada forma parte de una transacción y está causalmente vinculada a otra prestación. Obsérvese que el TS habría podido razonar que la cláusula de renuncia que se ciñe al *caput controversum* no se aparta del marco normativo de referencia en el que se inserta, y no puede ser considerada abusiva *ex* artículo 82 TRLGDCU<sup>419</sup>. En efecto, como la cláusula de renun-

---

<sup>419</sup> DE CASTRO Y BRAVO, 1961, p. 331; ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 89 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 951 y 2011, p. 720; MORALES MORENO, 2014, p. 1962; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015 (b), y otros. La STS 86/2014, 14 de mayo, P. Javier Orduña Moreno, resalta que «el control de contenido debe operar y ajustarse a los principios y normas de nuestro sistema jurídico en orden, primordialmente, a comprobar que la regla contractual predisputa es conforme a los principios básicos de la regulación contractual aplicable sin ella, de acuerdo con los parámetros de buena fe y equilibrio contractual. De esta forma, el control se proyecta de un modo objetivable teniendo por objeto el contraste del marco contractual predisputado». La STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, afirma que han de tenerse en cuenta «las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de este tipo, el juez nacional podrá valorar si, y, en su caso, en qué medida, el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente». Por su parte, la STJUE 3 octubre 2019, asunto C-621/17, asevera que «en cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales». El AAP de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>), 11 febrero 2015, afirma que «se trata de comparar los derechos y obligaciones, según la cláusula que se considera abusiva, a los derechos y obligaciones que otorga el Derecho dispositivo (art. 1108 CC), y ver después si en el resultado de esa comparación hay un desequilibrio».

cia respeta el artículo 1815 CC, es decir, el contenido característico de la transacción, no podría ser considerada abusiva, pues estaría excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, por mor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la misma<sup>420</sup>. En efecto, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos<sup>421</sup>.

Con todo ello, el vigente artículo 83. II TRLGDCU, reformado por la LCCI, establece que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»<sup>422</sup>. En primer lugar, cabe preguntarse si el precepto se está refiriendo a una transparencia formal, aplicable a cualquier tipo de cláusula y de adherente, o de carácter material, aplicable a las cláusulas que regulan los elementos esenciales de los contratos en los que el adherente es un consumidor<sup>423</sup>. Los problemas en España sobre la transparencia se han suscitado con relación a cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, y las normas similares de derecho comparado también se refieren a este tipo de cláusulas. Por tanto, podría pensarse que la exigencia de transparencia a la que se refiere el precepto es la transparencia material, que recae sobre las cláusulas que regulan el precio y la contraprestación. Asimismo, la referencia que hace el precepto al consumidor puede ser una razón para pensar que la norma se está refiriendo a la transparencia material, pues esta solo se aplica a contratos celebrados por empresarios y consumidores, y no a contratos celebrados entre empresarios, a los que solo se les aplica el control de transparencia formal (control de incorporación)<sup>424</sup>. Ahora bien, no hay que descartar que se declaren nulas por no transparentes cláusulas que no regulen elementos esenciales del contrato, porque, aunque lo cierto es que el consumidor presta su atención en ellas a la hora de contratar, pueden resultar no transparentes en la fase de cumplimiento del contrato<sup>425</sup>. La exigencia de transparencia de la Directiva 93/13/CEE se

<sup>420</sup> PANTALEÓN PRIETO, *El almacén del derecho*, 2020.

<sup>421</sup> STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-51/17.

<sup>422</sup> Asimismo, el vigente artículo 5.5 LCGC. Ahora bien, transparencia en contratos entre no consumidores parece que debe seguir significando la simple transparencia «literal», no la «material», porque, como he explicado, la jurisprudencia ha reservado siempre este último control para los contratos con consumidores. Por eso nunca se han declarado expresamente nulas por falta de transparencia material las cláusulas suelo ni multidivisa en préstamos hipotecarios concedidos a empresarios (Cfr. CARRASCO PERERA, 2019).

<sup>423</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 444.

<sup>424</sup> VAQUER ALOY, 2022, p. 1328.

<sup>425</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, 2022, p. 917. La STJUE 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18, entiende que el juez debe comprobar si cumple la exigencia de transparencia una condición general que prevé la firma por el prestatario de un pagaré en garantía de la devolución del préstamo; condición general que no regula un elemento esencial del contrato.

aplica a todos los tipos de cláusulas contractuales no negociadas individualmente<sup>426</sup>.

En segundo lugar, no queda claro si, según este precepto, la falta de transparencia de la cláusula únicamente permite controlar si es equilibrada la distribución que dicha cláusula hace de los derechos y obligaciones de las partes en el sentido del artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE, o, en cambio, si la falta de transparencia de la cláusula puede ser suficiente, por sí sola, para considerarla abusiva<sup>427</sup>. Podría entenderse que al mencionar el nuevo precepto una nulidad de pleno derecho está tratando de una nulidad «sin ponderación circunstancial, que no exige la producción de dos pasos, de modo que, producido el juicio de transparencia, no habrá que pasar luego al propio de abusividad»<sup>428</sup>. A mi juicio, el precepto se está refiriendo a una falta de transparencia que perjudica al consumidor, como sucede en las cláusulas suelo o multivisa. Es decir, cuando la falta de transparencia provoca que se agraven o se hagan más onerosas las obligaciones contractuales del consumidor, tal y como legítimamente las había percibido, o cuando la ausencia de transparencia tenga como consecuencia que los costes del contrato para el consumidor sean superiores a los representados, entonces la falta de transparencia de la cláusula es perjudicial para el consumidor y supone su abusividad. Ahora bien, algunos autores han interpretado la referencia que hace el precepto al «perjuicio del consumidor» como una alusión a que la falta de transparencia de la cláusula solo es una condición necesaria para valorar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes<sup>429</sup>. Por lo demás, a pesar de ser una nulidad de pleno derecho, también es relativa, porque solo pretende proteger los intereses del consumidor, de ahí que la norma se refiera a las cláu-

<sup>426</sup> Comunicación de la Comisión sobre «directrices interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 CEE» (2019/C323/04)

<sup>427</sup> Parece que en Alemania persiste el mismo problema con el § 307.1 *BGB*, aplicable a cláusulas no negociadas que regulen elementos esenciales contratos celebrados entre empresarios y consumidores, el cual reza que el hecho de que la cláusula no negociada no sea clara y comprensible puede causar un perjuicio desproporcionado en contra de la buena fe. Algunos consideran que de este precepto se infiere que la falta de transparencia de la cláusula abre la puerta a analizar el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en el sentido del artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE (CÁMARA LAPUENTE, *CDT*, 2015, p. 393; ALBIEZ DOHRMANN, *RADCM*, 2017 y MARTÍNEZ ESPÍN, 2020); mientras que otros consideran que de él se deduce que la falta de transparencia puede ser suficiente para considerar abusiva una cláusula no negociada individualmente [MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, p. 737; PAZOS CASTRO, 2017, p. 413 y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020 (a)].

<sup>428</sup> Es lo que parece querer decir la STS 21/2020, 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres.

<sup>429</sup> Según PANTALEÓN PRIETO, *El almacén de derecho*, 2020 (b) «en perjuicio de los consumidores» ha de entenderse como «que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (arts. 82 TRLGDCU y 3.1 Directiva 93/13). En opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2022, p. 465, la referencia al «perjuicio del consumidor» permite augurar que el desarrollo jurisprudencial sobre la transparencia material no va a olvidarse.

sulas no transparentes que perjudiquen al consumidor. Lo que no quiere decir que la nulidad por falta de transparencia no pueda ser apreciable de oficio. En efecto, podrá ser apreciada de oficio, pero nunca en contra de la voluntad del consumidor. Incluso podría pensarse que el precepto trata de una nulidad del artículo 6.3 CC, que escapa al régimen de cláusulas abusivas<sup>430</sup>.

En tercer lugar, y como se ha señalado, del precepto nuevo parece inferirse una nulidad parcial, como la que impone el artículo 83. I TRLGDCU cuando se declaran nulas cláusulas abusivas. Es decir, procederá la nulidad de la cláusula no transparente pero no la del contrato. Pero repárese en que es difícil mantener una nulidad parcial sin realizar una labor de integración, cuando se trate de una cláusula que regule un elemento esencial del contrato. Y si, como venimos argumentando, el control de transparencia es muy similar a un control de validez del consentimiento contractual, el nuevo precepto viene a declarar que un déficit de consentimiento se va a solventar a través de una nulidad parcial<sup>431</sup>.

## 8. NOVACIÓN DE TIPO DE INTERÉS Y RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Finalmente, cabe preguntarse cuál es la consecuencia de la novación de las condiciones financieras del préstamo hipotecario, en particular la modificación de la cláusula de interés variable (ya sea en el sentido de reducir la cláusula suelo o de introducir un tipo fijo inferior al suelo), en la responsabilidad hipotecaria. Porque nótese que algunas entidades que han sido partes en transacciones de este tipo, alegan en sus recursos de casación que «desde el punto de vista hipotecario, la cláusula suelo mantiene su vigencia únicamente al objeto de amparar en la garantía hipotecaria el tipo de interés fijo aplicable durante el periodo pactado en este contrato»<sup>432</sup>. Aunque no está claro el sentido y la finalidad de la alegación transcrita, da pie para que nos preguntemos si ¿es posible que el tipo de interés a efectos obligacionales sea uno y el tipo máximo a efectos de responsabilidad hipotecaria sea otro?

Pues bien, es doctrina de la DGRN que, en los supuestos de modificación de las condiciones financieras, el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 104 LH

<sup>430</sup> CARRASCO PERERA, 2019.

<sup>431</sup> CARRASCO PERERA, 2019.

<sup>432</sup> SSTS 806/2021, 23 de noviembre y 805/2021, 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile; y 208/2021, 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena; entre otras.

y 1.857 CC) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (arts. 9 y 12 LH), de modo que pactándose en la modificación de la condiciones financieras del préstamo hipotecario un tipo fijo para los intereses remuneratorios que antes no existía (o inferior al anteriormente existente), o estableciéndose un límite obligacional a los intereses variables antes inexistente (o inferior al precedente), no cabe que la cobertura hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los ahora estipulados, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia «erga omnes» de sus pronunciamientos. Por lo tanto, no es admisible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria sea superior al límite fijado a efectos obligacionales a la variabilidad del tipo de interés, porque, como queda señalado, el carácter accesorio de la hipoteca imposibilita que se puedan garantizar obligaciones o importes no pactados y/o que nunca podrán devengarse<sup>433</sup>. Según la doctrina expuesta, para que la novación tenga acceso al Registro de la Propiedad será necesario modificar los tipos máximos por intereses remuneratorios a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria. Con todo, puede razonarse una solución distinta.

A diferencia de lo que sucede con algunos tipos de hipotecas que garantizan obligaciones determinadas, la hipoteca llamada de «máximo», que carece de una regulación especial en la legislación hipotecaria, garantiza obligaciones de cuantía incierta, como la obligación de pagar intereses variables, por lo no puede expresar una cantidad totalmente determinada sino tan solo una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, que tiene que expresarse en moneda nacional (cfr. arts. 12 LH y 219.1.º RH). A diferencia de lo que constituye la regla general en Derecho común, no es posible la sola inscripción de hipotecas en garantía de obligaciones de cuantía determinable conforme al artículo 1273 CC, sino que, además, debe señalarse una cifra máxima de responsabilidad. El hecho de que la inscripción de hipoteca contenga un máximo de responsabilidad no significa que la obligación esté determinada en su cuantía, que sigue siendo indeterminada, ni tampoco exonera de especificar todas aquellas circunstancias que hagan posible identificar la obligación garantizada. Como se ha apuntado, el señalamiento de una cifra máxima de responsabilidad no tiene nada que ver con el principio de determinación de la obligación garantizada (art. 12 LH). Lo

<sup>433</sup> RGSJFP 11729/2017, 19 de septiembre; 16907/2021, 8 de septiembre; 20033/2021, 15 de noviembre; y, especialmente, 183/2021, 22 de diciembre.

único que el máximo determina es el límite máximo de riesgo de los terceros que adquieran derechos sobre la finca hipotecada. Así, el artículo 114 LH exige que el señalamiento de una cifra máxima esté establecido en interés de los terceros, pues es el máximo el que determina la medida en que su derecho podrá ser ejecutado (en el caso del tercer poseedor) o postergado (en el caso de los acreedores posteriores inscritos) como consecuencia del incumplimiento de la obligación garantizada. La inexistencia de un máximo de responsabilidad supondría un alto coste de inseguridad, que desincentivaría a adquirir derechos sobre la finca hipotecada. Además, «la exigencia de una cifra máxima supone también una norma en interés del deudor hipotecante, pues la certidumbre sobre la cuantía máxima que deberá soportar el tercero permite al deudor poner en el mercado un valor cierto que no está afecto a la garantía»<sup>434</sup>.

Como resulta de los artículos 114 y 146 LH, y también del artículo 692.1. 2.º LEC, la cifra de responsabilidad hipotecaria será ineficaz entre acreedor y deudor, pues aquel puede reclamar a este todos los intereses vencidos y no pagados. El artículo 114 LH limita a un máximo el alcance de la hipoteca respecto a los intereses en perjuicio de terceros, pero no impone límites en la relación entre acreedor y deudor. En consecuencia, el máximo no tiene por qué equipararse, ante la inexistencia de terceros, con el alcance del derecho real, pues las partes podrían estipular que la garantía asegure la obligación en toda su integridad, aunque se llegue a superar la cifra máxima de intereses que resulte de la aplicación del artículo 114 LH, que fue fijada a los solos efectos de no perjudicar a terceros. Las restricciones que establece este precepto solo pretenden delimitar el alcance de la acción real hipotecaria en beneficio de terceros ajenos a la acción personal, puesto que, en otro caso, carecería de sentido que el legislador limitara la acción real del acreedor en favor de un sujeto al que por medio de una acción de naturaleza personal se le pueden exigir todos los intereses vencidos (art. 147 LH)<sup>435</sup>. Obsérvese que en las llamadas hipotecas de máximo la protección de los terceros proviene de aquellas normas que señalan o que exigen que conste registralmente la cuantía que les es oponible (art. 114 LH). Así parece que se reduce la inseguridad provocada por tener que soportar una carga cuya de cuantía originalmente indeterminada. Por consiguiente, como se ha argumentado, la protección de los terceros únicamente resulta de aquellos preceptos que limitan, en su beneficio, el alcance de la acción real del acreedor respecto al inmueble hipotecado, pero no del principio de determinación de la obligación garantizada. En definitiva, la exigen-

<sup>434</sup> CORDERO LOBATO, 2015.

<sup>435</sup> En contra, entre otras muchas, RDGRN 11729/2017, 19 de septiembre.

cia del máximo no tiene que ver estrictamente con el cumplimiento del principio de determinación exigido por el artículo 1273 CC para que pueda nacer una hipoteca válida<sup>436</sup>.

En virtud de lo expuesto, creo que posible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria sea superior al límite fijado a efectos obligacionales. En efecto, el artículo 114 LH establece un límite del máximo de responsabilidad de la hipoteca que no es límite del máximo de deuda. A la LH no le importa la deuda, sino la cantidad que se pueda incluir en el máximo de responsabilidad de la hipoteca. Cuestión distinta es que si, como sucede en el caso planteado, el tipo máximo de responsabilidad hipotecaria está por encima del límite convenido para los intereses remuneratorios, no podrá exigirse al deudor más intereses que los realmente convenidos y devengados. Del mismo modo, si hay perjuicio de un tercero, la hipoteca solo responde de los intereses realmente convenidos y devengados que estén comprendidos dentro del tipo máximo previsto, y, además, de los realmente devengados durante los períodos temporales previstos en el artículo 114 LH.

## 9. CONCLUSIONES

1. El control de transparencia de una cláusula no negociada que regula un elemento esencial del contrato, en particular de la cláusula suelo, no depende solamente de parámetros puramente objetivos, y sí más bien de las circunstancias del caso concreto y del específico perfil del cliente; sin perjuicio de lo explicado para las acciones colectivas. Por eso en numerosas ocasiones la jurisprudencia declara transparentes las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios en los que el adherente es un consumidor. La incertidumbre sobre la validez de estas cláusulas ha sido la causa por la que ciertos bancos y consumidores han formalizado unos contratos de transacción por los que aquellos acceden a novar los préstamos hipotecarios, en el sentido de reducir las cláusulas suelo, mientras que estos renuncian a ejercitar la acción de nulidad sobre dichas cláusulas. Con todo, la casuística es variada y las transacciones formalizadas tienen diversas características.

2. Sin perjuicio del artículo 83. II TRLGDCU, introducido por la LCCI, el régimen de nulidad por falta de transparencia carece de una regulación legal específica. Por ello, debe aplicarse analógicamente el régimen de nulidad del artículo 1301 CC, con el que guarda

<sup>436</sup> DÍEZ GARCÍA, *CCJC*, 2018

semejanza. Por tanto, una cláusula no transparente se puede confirmar, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1311 CC. El régimen actual previsto en el artículo 83. II TRLGDCU no impide este modo de proceder, pues califica la falta de transparencia como una nulidad de pleno derecho, pero relativa, porque solo pretende proteger el interés del consumidor. Con todo, parte de la doctrina y la jurisprudencia, bajo el argumento de que la falta de transparencia es una nulidad de pleno derecho, niega que se pueda convalidar por confirmación una cláusula no transparente y, en particular, entiende que la petición del prestatario de que se reduzca la cláusula suelo no puede valer como acto confirmatorio. Ahora bien, la jurisprudencia sí permite que se confirmen contratos financieros nulos por error en el consentimiento, si bien es muy rigurosa a la hora de admitir que un determinado acto supone confirmación, siendo para ello necesario una renuncia clara, comprensible y terminante.

3. El artículo 1208 CC no impide que una cláusula no transparente pueda ser objeto de novación, siempre que la novación no incurra en el mismo vicio de invalidez que la cláusula novada. Es decir, la validez o ineficacia de la novación se determina únicamente a través del contexto que envuelve la novación, con independencia de la falta de transparencia que pudiera afectar a la cláusula suelo original. Cuestión distinta es si esa novación tiene efectos retroactivos o confirmatorios, e impide instar la nulidad de la cláusula suelo. Es decir, si la misma novación puede servir como acto confirmatorio de la obligación primigenia. La jurisprudencia considera que, aunque la novación pueda regular válidamente los efectos a partir de entonces, en cambio no sirve para dotar retroactivamente de validez a la obligación primera. En estos casos, el artículo 1208 CC vendría a afirmar que la novación no produce efectos retroactivos ni tiene efectos confirmatorios.

4. La transacción, en cambio, sí puede servir para sanar la cláusula suelo no transparente, con efectos retroactivos, o al menos impide que el prestatario pueda instar su nulidad. Repárese que en la transacción sí que se suele reflejar una renuncia expresa de una de las partes, la cual constituye su contraprestación. Por consiguiente, toda transacción que contenga una renuncia a acciones de nulidad ceñidas a la cláusula suelo es una transacción válida que contiene una renuncia válida, que impide e instar la acción de nulidad sobre la referida cláusula. Según la jurisprudencia, para que la renuncia sea válida no puede haber sido aceptada por el prestatario en un breve periodo de tiempo, ni con la finalidad de no arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial absoluta. La contraprestación del banco (reducción o supresión de la cláusula suelo) tampoco puede

estar sometida a unas bases ambiguas. Finalmente, la cláusula de renuncia ha de reunir los requisitos de claridad y comprensibilidad, de forma que el consumidor pueda entender a qué renuncia y sus consecuencias; es decir, la cláusula debe ser transparente. De esta forma, si la cláusula de renuncia no es transparente, la transacción no convalidará la cláusula suelo original, pues el prestatario estará facultado para ejercitar la acción de nulidad.

5. Conforme a la legislación vigente, es muy difícil argumentar que las dos cláusulas del acuerdo enjuiciado, las cuales reflejan la prestación y la contraprestación de cada parte en el contrato celebrado, son negociadas. De la jurisprudencia se infieren varios parámetros para considerar una cláusula como fruto de una negociación, pero el más claro es el relativo a que el predisponente pruebe que, a instancia del adherente, modificó la cláusula que ofrecía inicialmente en uno o más contratos. Sin embargo, en mi opinión, y aunque es muy discutible, la naturaleza de la transacción formalizada puede conducir a considerar que sus cláusulas son negociadas. Repárese que la transacción a la que nos referimos solo se compone de dos prestaciones y se ofrece aislada de otros conjuntos contractuales y de otras cláusulas no relevantes. Como no es un contrato «cargado» con regulación adicional a las mutuas concesiones, no puede ser menos que negociado, tanto si se rechaza como si se acepta. A mi juicio, la apreciación global del acuerdo lleva a la conclusión de que no se trata de un contrato de adhesión que contiene cláusulas no negociadas individualmente. Y recuérdese que el elemento decisivo en nuestra legislación es que el contrato sea o no un contrato de adhesión (art. 1.2 *in fine* LCGC). En efecto, el acuerdo descrito no es un contrato de adhesión, porque solo hay prestaciones centrales, sin zona periférica.

6. Según la jurisprudencia, los requisitos de transparencia de las cláusulas suelo se deben cumplir también en la novación, aunque esta no sea propiamente un contrato de préstamo. En efecto, el control de transparencia de la cláusula suelo del contrato original es cualitativamente idéntico al de la novación, pues en el préstamo se pactó una cláusula suelo y la novación consistió en introducir también una cláusula suelo, aunque más benevolente para el cliente. Pero, en mi opinión, es posible argumentar una solución diferente. En el primer caso hay un préstamo hipotecario que, entre otras muchas cosas, incluye una cláusula suelo. En cambio, en el segundo no hay un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino solo una reducción de la cláusula suelo a cambio de un compromiso del cliente de no impugnar dicha cláusula. Incluso aunque la cláusula suelo original fuese calificada como accesoria y susceptible directa-

mente del control de contenido, la cláusula suelo novada pasa a ser, en todo caso, una cláusula que define el objeto único del contrato, porque la cláusula como tal es la entraña de un contrato de transacción, que se refiere precisamente a ella. La esencia de la transacción no es la cláusula suelo que se nova, sino la novación como tal. Al convertirse la nueva cláusula suelo en el objeto por exclusiva del contrato transaccional, difícilmente esta se puede considerar como no transparente. Nótese que una transacción como la enjuiciada es un contrato que, para un consumidor medio, se comprende más fácilmente que un préstamo hipotecario con cláusula suelo. En el contrato transaccional lo principal es la nueva cláusula suelo, mientras que en el préstamo hipotecario había otros elementos más singulares. Esta distinción pone de manifiesto que la transparencia que requerimos a la cláusula suelo original no puede ser cualitativamente idéntica a la que requerimos a la cláusula suelo novada. En este último caso no se deben exigir condiciones de transparencia que sean propias de un préstamo hipotecario con cláusula suelo, sino las que son propias de un contrato de transacción. En la transacción el cliente solo ha de saber que la cláusula suelo puede ser nula y que transige sobre la incertidumbre de que esa cláusula sea nula. El examen de transparencia de la cláusula suelo novada no debe centrarse en un tema de comprensión de las particularidades del mecanismo que supone la cláusula suelo y sus escenarios pasados y futuros, sino en comprender que supone renunciar a un crédito restitutorio de cuantía incierta a cambio de una remuneración o ventaja. En definitiva, la transacción no puede someterse al mismo control de transparencia al que se sometería el material transigido, pues entonces la transacción no tendría utilidad. Ciertamente que la novación puede ser no transparente, pero porque no reúna sus propias condiciones de transparencia, no las de la cláusula suelo.

7. Estas exigencias de transparencia que se acaban de formular no se deben cumplir si la modificación de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la completa eliminación de la cláusula suelo en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario. Tampoco se requerirán los requisitos de transparencia descritos si la novación consiste en suprimir el interés mínimo y restablecer el sistema de interés variable fijado en el préstamo originariamente, manteniendo el diferencial pactado o con un incremento de dicho diferencial. Ni tampoco cuando la modificación suponía la sustitución del interés variable por uno fijo, durante los primeros meses, para que luego operara el interés variable pactado originariamente. En estos casos no se introdujo una nueva cláusula suelo sobre la que

deban proyectarse las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia aplicables a tales cláusulas.

8. En relación con la cláusula de renuncia del contrato de transacción, la jurisprudencia considera que es nula toda renuncia que exceda y no se ciña *al caput controversum*. Más aun, aunque la cláusula de renuncia se refiera al objeto de la controversia, esta debe ser transparente para ser válida. La jurisprudencia considera que para que la renuncia sea transparente el prestamista debe informar al prestatario no solo de que renunciaba a instar la nulidad de la cláusula («carga jurídica»), sino también de «los datos» necesarios para que este pueda calcular los intereses indebidamente abonados, cantidades a las que el prestatario renunciaba («carga económica»). De la jurisprudencia no se infiere con facilidad qué datos son los que tiene que proporcionar el banco al consumidor para que este sea capaz de calcular las cantidades a las que renunciaba. Lo único que puede inferirse es que no se cumple con el requisito de proporcionar los datos necesarios para el cálculo de las cantidades a las que el consumidor renunciaba solo con la información pasada del índice de referencia, sino que es necesario información exacta sobre el valor del índice de referencia y del diferencial en el momento de la novación, lo que permitiría al consumidor conocer las cantidades que debería haber abonado sin cláusula suelo. Es además necesaria una estrecha proximidad entre la fecha de retroacción de los efectos de la anulación de la cláusula suelo y el momento en que se practica la novación, que es el periodo en que los intereses pagados por aplicación de la cláusula suelo pueden ser devueltos. Por tanto, cuanto menor sea la proximidad entre dichas fechas más fácil será que se cumpla con el requisito de aportar los datos necesarios y, por ende, que la cláusula de renuncia sea considerada transparente.

En mi opinión, no obstante, el prestamista no debería tener que informar de esos datos, por tres razones principales. En primer lugar, podríamos considerar que la cantidad a la que el consumidor renuncia es *controversum*, pues las partes están en desacuerdo tanto en lo relativo a si la cláusula es o no transparente como en cuanto a sus efectos. No se trataría de una cuestión ajena a la discusión, pues si la transparencia o no de la cláusula suelo es cuestión discutida, también lo es por derivación los efectos de dicha falta de transparencia. Es evidente que era *caput controversum* si la cláusula era o no nula, y por tanto también los efectos de la nulidad. Es decir, si resulta que el error que recae sobre si la cláusula era o no transparente no puede servir para anular la transacción, tampoco puede hacer ineficaz la transacción un error que recae sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula. Por tanto, sería innecesario

que el predisponente informara de unos datos para calcular unas cantidades que constituyen *caput controversum*. No creo que podamos imputar al banco una obligación de informar de una cifra de dinero que es contingente. En definitiva, considero que la entidad no tiene que informar ni evaluar en beneficio del consumidor la cifra de probabilidad de que su demanda fuera estimada, porque el riesgo jurídico no forma parte de la carga que integra el deber de información. Pero tampoco puede ocultar la realidad ni minimizar el riesgo, porque ambas conductas hacen no transparente la transacción. En segundo lugar, la información para calcular las cantidades renunciadas era una información disponible. Es irrazonable exigir al empresario que instruya al cliente tanto de la cantidad que eventualmente habría de devolver al consumidor como de los datos necesarios para su cálculo, pues es una información disponible. El prestamista únicamente debería rendir cuentas de cuánto ha cobrado por intereses en cada amortización y en cuál de ellas aplicó una cláusula suelo. Finalmente, dada la naturaleza de la transacción, es imposible que el consumidor pudiera tener conocimiento cierto sobre las cantidades a las que renunciaba, pues, por esencia, el objeto de la transacción es cosa dudosa. Si el consumidor estuviera plenamente informado de cuánto le iba a devolver exactamente un tribunal, no hubiera transigido, porque tendría entonces toda la información existente que le permitirían salir del estado de incertidumbre que es inherente a toda transacción.

9. Nótese que cuando la jurisprudencia declara nula la cláusula de renuncia, el resultado es un contrato parcialmente nulo que no se corresponde con la voluntad común de las partes ni con la naturaleza del contrato transacción. Esta suerte de nulidad parcial tampoco respeta al sinalagma contractual, y quebranta la causa onerosa y concreta del contrato de transacción formalizado. Por tanto, podría concluirse que la transacción no puede subsistir, en un sentido objetivo, por lo que podría integrarse el contrato o, en rigor, interpretarlo conforme al artículo 1815 CC. Esto supondría que no podría declararse nula la cláusula suelo. Con todo, podría afirmarse que la suerte de nulidad parcial a la que llega la referida jurisprudencia no crea una situación tan perjudicial o inequitativa para el predisponente como la que provoca la nulidad parcial del préstamo hipotecario tras la declaración de abusividad de las cláusulas de intereses moratorios o de vencimiento anticipado. En estos casos, si el contrato no se recompone, el acreedor, a pesar de un incumplimiento flagrante del consumidor, no puede pedir ningún tipo de indemnización por el retraso ni resolver el contrato por incumplimiento para solicitar la restitución del capital y los intereses prestados e impagados. Mas en nuestro caso, la nulidad par-

cial de la transacción tiene como consecuencia que el banco conserva los intereses que de cara al futuro le proporcionará la nueva cláusula suelo, y aunque la vieja sea declarada nula, la entidad solo tiene que restituir importes hasta la fecha de formalización de la novación. Por consiguiente, cuanto más perjuicio cause al empresario la nulidad de la cláusula y la subsistencia (parcial) del contrato, menos obstáculos se pondrán para la recomposición del contrato.

10. De la jurisprudencia no se desprende con claridad cuál es la consecuencia jurídica de la falta de transparencia. Parece que la postura que tiene mayor consenso es la que sostiene que la falta de transparencia de una cláusula que regula un elemento esencial del contrato es una condición necesaria para llevar a cabo el control de abusividad. Con todo, también se sostiene que la cláusula suelo no transparente provoca un perjuicio al consumidor, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia. Asimismo, la falta de transparencia o la ausencia de información sobre la cláusula multidivisa perjudica al consumidor, porque oculta graves riesgos para este, como la no disminución del capital a medida que se van abonando las cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses. Es decir, la falta de transparencia será una causa autónoma de nulidad siempre que pueda argumentarse que dicha falta de transparencia provoca al consumidor un perjuicio, o porque le coloca en una situación desventajosa. El nuevo artículo 83. II TRLGDCU parece transitar por este camino, pues de él se desprende que es nula la cláusula incorporada al contrato de forma no transparente en perjuicio del consumidor. En este sentido, la jurisprudencia entiende que la falta de transparencia de la cláusula de renuncia, aunque referida *al caput controversum*, no es beneficiosa para el consumidor, por lo que dicha cláusula debe ser declarada abusiva. Probablemente esta jurisprudencia considera que una renuncia de derechos no transparente no reúne las condiciones precisas para asegurar su validez, dada la interpretación restrictiva que hace el propio Tribunal de las renunciaciones, y más si no tienen contraprestación.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020», *Indret*, núm. 2, 2022, pp. 52 a 115.
- «Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 36, 2020, pp. 90-103.

- «STJUE 9 de julio de 2020 sobre los acuerdos novatorios de cláusulas suelo: pocas novedades en el horizonte», *Blog CESCO*, 2020, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_9.7.2020\\_sobre\\_los\\_acuerdos\\_novatorios\\_en\\_clausulas\\_suelo-pocas\\_novedades\\_en\\_el\\_horizonte.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_9.7.2020_sobre_los_acuerdos_novatorios_en_clausulas_suelo-pocas_novedades_en_el_horizonte.pdf).
- «Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario* (Dir.: Carrasco Perera, Á), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 105-173.
- «Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento?», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 21, 2017, pp. 171-179.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia, y VALENCIA CUENCA, Laura María: «El TS declara la nulidad de acuerdos de novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo», *Blog CESCO*, 2017 <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3247-el-ts-declara-la-nulidad-de-acuerdos-de-novaci%C3%B3n-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usula-suelo>.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2017, formato electrónico.
- «Las RRDGRN de 27 de octubre y 10 de diciembre de 2015 abogan (de nuevo) por una interpretación extensiva o *pro-consumatore* en relación con la exigibilidad de la expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *La Ley*, núm. 174, 2016, formato electrónico.
- «La repercusión de la nulidad dentro y fuera del contrato», en *Cuadernos de Derecho Judicial. En negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, (Dir.: Ferrándiz Gabriel), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 62-108.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «La transacción que tiene por objeto una cláusula-suelo», *Blog Derecho Mercantil*, 2020 <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/la-transaccion-que-tiene-por-objeto-una.html>.
- «La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo», *Almacén de Derecho*, 2017, <http://almacendederecho.org/la-proxima-sentencia-del-tribunal-supremo-las-clausulas-suelo>.
- «El control de adecuación entre el precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas», en *I Foro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra* (Dir.: Massaguer, J.), Barcelona, 2008, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* (Dir.: Díez-Picazo, L.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 97-142.
- *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- ÁLVAREZ MORENO, Teresa: «Comentario al artículo 249 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- BASOZABAL ARRUE, Xavier: «Resolución y restitución», en *Estudios de Derecho de Contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol. 1, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 57-90.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario al artículo 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación* (Coord.: él mismo), Aranzadi, 1999, pp. 23-36.
- Comentario al artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación* (Coord.: él mismo), Aranzadi, 1999, pp. 259-270.

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «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*, 2020, <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>.
- «Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2017, pp. 383-395.
  - «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret*, núm. 1, 2017, formato electrónico.
  - «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, pp. 549-643.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Civitas, 2021, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1809 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (a), formato electrónico.
  - «Comentario al artículo 1815 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (b), formato electrónico.
  - «Comentario al artículo 1816 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (c), formato electrónico.
  - «Comentario al artículo 1817 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (c), formato electrónico.
  - «Novaciones y transacciones sobre tipos de interés usurario. Otra vez contra una tendencia equivocada», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 54-64.
  - «No es lo mismo una transacción transparente con consumidores que una transacción negociada con el consumidor», *Gomez-Acebo y Pombo*, 2021, <https://www.ga-p.com/publicaciones/no-es-lo-mismo-una-transaccion-transparente-con-consumidores-que-una-transaccion-negociada-con-el-consumidor/>.
  - Transparencia y control de abusividad en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 60, 2020, pp. 289-317.
  - «Transacciones sobre cláusula suelo», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/5051-transacci%C3%B3n-sobre-cl%C3%A1usula-suelo>.
  - «Bye, Bye, control de transparencia en demandas sobre condiciones generales instadas por asociaciones de consumidores», *Gomez-Acebo y Pombo*, 2020, <https://www.ga-p.com/publicaciones/bye-bye-control-de-transparencia-en-demandas-sobre-condiciones-generales-instadas-por-asociaciones-de-consumidores>.
  - «Sentencia europea intransparente sobre una transacción transparente de una cláusula suelo supuestamente intransparente. La jerga de la STJUE de 9 julio de 2020», *Blog CESCO*, 2020 (a), <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4745-sentencia-europea-intransparente-sobre-una-transacci%C3%B3n-transparente-de-una-cl%C3%A1usula-suelo-supuestamente-intransparente-la-%E2%80%9Cjerga%E2%80%9D-de-la-stjue-9-julio-2020>.

- «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario* (Dir.: él mismo), Aranzadi, 2019, formato electrónico.
- «Régimen de condiciones generales de la contratación en los contratos de crédito inmobiliario», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Crédito Inmobiliario* (Dir.: él mismo), Aranzadi, 2019 (a), formato electrónico.
- «Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación», *Blog CESCO*, 2018, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3548-validez-de-las-novaciones-transaccionales-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usula-suelo-una-buena-sentencia-de-casaci%C3%B3n-2>.
- «Sobre las novaciones de préstamos hipotecarios con cláusula suelo», *Blog CESCO*, 2017, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3138-sobre-las-novaciones-de-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usulas-suelo>.
- «La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo esta prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato de préstamo hipotecario ha sido consumado y cancelado», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 21, 2017, pp. 90-105.
- «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (Coord.: Delgado Echeverría, J.), Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 163-192.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «Comentario al artículo 1311 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1312 CC» en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2013 (a), formato electrónico.
- COLLINS, Hugh: «Good Faith in European Contract Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 2, pp. 229-254, 1994.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Parte tercera. La hipoteca inmobiliaria», en *Tratado de los Derechos de garantía* (Dir.: Carrasco Perera, Á), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, formato electrónico.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 1977.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2, 1961, pp. 295-342.
- *El negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario al artículo 1310 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dirs.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- Comentario al artículo 1309 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1311 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1313 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dirs.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (b), formato electrónico.

- DEL SAZ DOMÍNGUEZ, Lucía: «La determinación de los honorarios profesionales del abogado», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4713-la-determinaci%C3%B3n-de-los-honorarios-profesionales-del-abogado>.
- «Por segunda vez, una cláusula suelo es transparente para el TS», *Blog CESCO*, 2019, <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4068-por-segunda-vez,-una-cl%C3%A1usula-suelo-es-transparente-para-el-tribunal-supremo>.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Ampliación y novación de préstamo hipotecario», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 106, 2018, formato electrónico.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, Civitas, Madrid, 2007, formato electrónico.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. IV, Civitas, Madrid, 2010, formato electrónico.
- FENOY PICÓN, Nieves: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario Derecho Civil*, fasc. 3, 2018, pp. 855-1049.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso: *Cuerpo del Derecho Civil. Instituta-Digesto*, Consejo de Ciento, Barcelona, 1889.
- GARCÍA HERNANDO, Jose Antonio: «Contradicciones y debilidades de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo incorporadas a préstamos hipotecarios formalizados con empresarios o profesionales», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 55, 2021, formato electrónico.
- *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de cobertura de tipos de interés. Una solución que «fuerza» la doctrina sobre el error en el consentimiento*, Bosch, las Rozas (Madrid), 2020.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «De la nulidad de los contratos», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant, 2013, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1289 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant, 2013, formato electrónico.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, Ángel María: «La novación y modificación del contrato: evolución y configuración actual», en *Estudio sobre Derecho de contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol. I, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 413-433.
- GÓNZALEZ PACANOWSKA, Isabel: «Condiciones Generales de la Contratación», en *Estudios de Derecho de Contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol. 1, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 435-474.
- «Comentario al artículo 80 TRLGDCU», en *Comentarios 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.: Bercovitz, Rodríguez-Cano, R.) Aranzadi, Cizur Menor, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 82 TRLGDCU», en *Comentarios 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.: Bercovitz, Rodríguez-Cano, R.) Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 5 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 139-192.

- «Comentario al artículo 7 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Elcano, 2000 (a), pp. 135-258.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Comentario al artículo 1809 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1815 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1817 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (b), formato electrónico.
- *La transacción*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964.
- «La confirmación», *Anuario Derecho Civil*, fasc. 4, 1960. pp. 1195-1120.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Comentario al artículo 1203 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1207 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (a), formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1208 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 (b), formato electrónico.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel María: «Ineficacia del contrato por invalidez: el binomio nulidad-anulabilidad, líneas generales», en *Estudio sobre Derecho de contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol.1, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 575-598.
- «Comentario al artículo 1284 CC», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1289 CC», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dir.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La STJUE de 9 de julio de 2020 relativa a la validez del acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo, ¿corrige la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018?», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4762-la-stjue-de-9-de-julio-de-2020-relativa-a-la-validez-del-acuerdo-novatorio-sobre-la-cl%C3%A1usula-suelo,-%C2%BFcorrige-la-doctrina-sentada-en-la-sts-de-11-de-abril-de-2018>.
- *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas*, Reus, Madrid, 2019.
- MARTÍN FABÁ, José María: «Falta de transparencia de una cláusula suelo reducida por ausencia de expresión manuscrita», *Blog CESCO*, 2022, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Falta\\_de\\_transparencia\\_de\\_una\\_clausula\\_suelo\\_reducida\\_por\\_ausencia\\_de\\_expresion\\_manuscrita.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Falta_de_transparencia_de_una_clausula_suelo_reducida_por_ausencia_de_expresion_manuscrita.pdf)
- «Hacia una integración que sirva para restablecer el equilibrio contractual», *Blog CESCO*, 2021, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/5415-hacia-una-integraci%C3%A9n-que-sirva-para-restablecer-el-equilibrio-contractual>

- «Transacciones sobre préstamos hipotecarios con cláusulas suelo: la opinión del Abogado General», *Blog CESCO*, 2020, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4448-transacciones-sobre-pr%C3%A9stamos-hipotecarios-con-cl%C3%A1usulas-suelo-la-opini%C3%B3n-del-abogado-general>.
- MARTÍNEZ ESPIN, Pascual: «¿Qué pasó con las cláusulas suelo? Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Supremo» *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 40, 2021, pp. 90-100.
- *El control de transparencia de condiciones generales en los contratos de préstamo hipotecario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, formato electrónico.
- «El tipo máximo de los intereses moratorios a efectos de responsabilidad hipotecaria podrá ser inferior, igual o superior en más de dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, núm. 22, 2017, pp. 108-116.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, núm.1, 2019, pp. 361-397.
- MARTÍNEZ GOMEZ, Sheila: «La entrega de información precontractual con suficiente antelación como parámetro de validez de la cláusula Suelo», *Blog CESCO*, 2021, La entrega de información precontractual con suficiente antelación como parámetro de validez de la cláusula suelo (centrodeestudiosdeconsumo.com).
- MATO PACÍN, Natalia: *Cláusulas Abusivas y empresario adherente*, Colección Derecho Privado Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario artículos 80 a 91 TRLGDCU», en *Comentarios 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, S.), Madrid, Colex, 2011, pp. 696-954.
- «La nulidad de las condiciones generales», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (Coord.: Delgado Echeverría, J.), Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 193-221.
- «Comentario artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* (Dir.: Díez-Picazo, L.), Civitas, 2002, pp. 428-482.
- «Comentario disposición adicional 1.ª 3 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* (Dir.: Díez-Picazo, L.), Civitas, 2002 (a), pp. 893-964.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *Indret*, núm. 8, 2018, formato electrónico.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por falta de pago», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Coord.: Díez-Picazo, L.) vol. 2, Pamplona, Aranzadi, 2014, pp. 1957-1993.
- «Comentario a los artículos 1269 y 1270 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dirs.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- OGAYAR AYLLÓN, Tomás: «Comentario al artículo 1809 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dirs.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1815 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Dirs.: Albaladejo García M., y Díaz Alabart, S.), Edersa, Madrid, 1982 (a), formato electrónico.

- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 301, 2016, pp. 405-427.
- PALOMINO MORALEDA, H., «Extensión al contrato de crédito de la nulidad del contrato de adquisición del producto financiero», *Blog CESCO*, 2022, centrodeestudiosdeconsumo.com.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, 1999.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Las transacciones sobre cláusulas suelo», *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/las-transacciones-sobre-clausulas-suelo>.
- Transparencia material y cláusulas predisuestas accesorias, *Almacén de Derecho*, 2020 (a), <https://almacenederecho.org/transparencia-material-y-clausulas-predispuestas-accesorias>.
- «Sobre la transparencia material de cláusulas predisuestas de lege lata y de lege ferenda» *Almacén de Derecho*, 2020 (b), <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>
- «8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predisuestas», *Almacén de Derecho*, 2020 (c), <https://almacenederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>.
- «A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo», *Almacén de Derecho*, 2020 (d), <https://almacenederecho.org/a-proposito-de-las-conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-las-transacciones-sobre-las-clausulas-suelo>.
- «La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)», *Almacén de Derecho*, 2020 (e) <https://almacenederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-y-ii>
- «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 2017, <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Comentario al artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2000, pp. 271-312.
- «Comentario al artículo 10 bis.2 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2000 (a), pp. 771-794.
- *Nulidad y anulabilidad*, Madrid, Civitas, 1997.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «Transparency in contracts with consumers. A new beginning?», *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 112, formato electrónico, 2018.
- *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Control de la transparencia y acciones de cesación: Comentario a la STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2298)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 115, 2021, formato electrónico.
- «Requisitos de incorporación y control de transparencia en contratos de préstamo con empresarios personas físicas «Comentario a la STS de 20 de enero de 2020», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114, 2020, formato electrónico.

- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, 2017.
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, núm. 3, 2013, formato electrónico.
- *Las cláusulas abusivas por un defecto de Transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. Una necesaria reordenación dogmática», *Indret*, núm. 1, 2022, pp. 56-141.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores en el derecho francés», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 1, 1991, pp. 317-338.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 150, 2018, formato electrónico.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico: «Comentario art. 1809 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Dir.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Valencia, Tirant, 2013, formato electrónico.
- «Comentario art. 1815 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Dir.: Bercovitz Rodríguez-Cano), Valencia, Tirant, 2013 (a), formato electrónico.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: «Los contratos de adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 1, 1949, pp. 54-70.
- SÁNCHEZ RUIZ DEL VALDIVIA, Inmaculada: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores, y también con autónomos y empresarios (Pymes)*, Cizur menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- «Retroactividad sin límites y abusividad ponderada de las cláusulas suelo declaradas nulas en las SSTJUE 21 diciembre 2016 y 26 enero 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 105, 2017.
- «El control de transparencia y control de contenido en los contratos celebrados entre empresarios/as (autónomos, microempresas y Pymes): una quimera cada día más cerca de la realidad», *Revista Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 105, 2017 (a).
- «Es necesario repensar la contratación de préstamos hipotecarios entre empresarios (autónomos y pymes)», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 2015, pp. 681-732.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, Nauta, 1964.
- «Comentario al artículo 1207 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1208 CC», en *Comentario al Código Civil* (Dir.: Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo, L., y Salvador Coderech, P.), Cizur menor, Aranzadi, 2015 (a), formato electrónico.
- SARAZA JIMENA, Rafael: «La nulidad de los contratos de adhesión», en *Negocio Jurídico. La ineficacia del contrato*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, pp. 11-58.
- TAMAYO HAYA, Silvia: «Comentario al artículo 1809 CC», *Código Civil Comentado* (Dir.: Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R.) Cizur Menor, Civitas, 2016, formato electrónico.
- «Comentario al artículo 1817 CC», *Código Civil Comentado* (Dir.: Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F. J., Valpuesta Fernández, R.) Cizur Menor, Civitas, 2016 (a), formato electrónico.

- «El contrato de transacción principales líneas de su evolución histórica», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, fasc. 3, 2004, pp. 1105-1146.
- *El contrato de transacción*, Madrid, Civitas, 2002.
- TENZA LLORENTE, María: *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios. El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, formato electrónico.
- TOMILLO URBINA, Jorge: «Algunas cuestiones de abusividad en préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 55, 2021, formato electrónico.
- TUGORES QUES, Juan: «Sobre el IRPH y la desconfianza en el sistema financiero», *The conversation*, 2019, <https://theconversation.com/sobre-el-irph-y-la-desconfianza-en-el-sistema-financiero-123726>.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El control de transparencia», en *Estudios de Derecho de Contratos* (Dir.: Morales Moreno, A.), vol. 2, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 1307-1322.
- VAQUERO PINTO, María Jose: «Comentario al artículo 1300 CC», en *Comentarios al Código Civil* (Coord.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, formato electrónico.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1.ªed, Juta and Co. Ltd., Cape Town, 1990 (reimpresión 1992).

## SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES

### Sentencias Tribunal Supremo (Sala 1.ª)

STS 581/2022, de 26 julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\261082).

ATS de 29 junio 2022, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:10478A).

STS 487/2022, de 16 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:2337).

STS 482/2022, de 14 de junio, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:2339).

STS 469/2022, de 6 de junio, P. José Luis Seoane Spielberg (ECLI: ES: TS:2022:2148).

STS 467/2022, de 6 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán (JUR 2022\203584).

STS 468/2022, de 6 de junio, P. José Luis Seoane Spiegelberg (ECLI: ES: TS:2022:2155).

STS 424/2022, de 25 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:2079).

STS 423/2022, de 25 de mayo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:2081).

STS 407/2022, de 25 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2022:1947).

STS 366/2022, de 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1720).

STS 355/2022, de 3 de mayo, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:1703).

STS 339/2022, de 1 de mayo, P. Juan María Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1838).

STS 312/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1556).

STS 311/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1551).

STS 304/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1549).

STS 303/2022, de 19 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:1550).

STS 297/2022, de 7 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2022:1460).

STS 299/2022, de 7 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (JUR 2022\132800).

STS 275/2022, de 30 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2022\1482).

STS 246/2022, de 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:1323).

STS 246/2022, de 29 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2022:1323).

STS 145/2022, de 23 febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\98429).

STS 207/2022 de 15 de marzo, P. Antonio García Martínez (RJ 2022\1421).

STS 158/2022, de 1 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:782).

STS 157/2022, de 1 de marzo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:784).

STS 143/2022, de 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:664).

STS 139/2022, de 21 de febrero, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2022:518).

STS 132/2022, de 22 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:664).

STS 127/2022 de 18 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\87921).

STS 123/2022, de 16 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:620).

STS 118/2022, de 15 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2022\91).

STS 91/2022, de 3 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2022\75854).

STS 67/2022, de 1 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:359).

STS 65/2022, de 2 de febrero, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:327).

STS 61/2022, de 2 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:329).

STS 60/2022, de 1 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2022:240).

STS 44/2022, de 27 de enero, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2022:240).

STS 43/2022, de 27 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2022:154).

STS 19/2022, de 17 enero, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2022\58).

STS 923/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4772).

STS 918/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4851).

STS 915/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4773).

STS 914/2021, de 23 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4770).

STS 898/2021, de 21 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2022\104).

STS 893/2021, de 21 de diciembre P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS: 2021:4742).

STS 882/2021, de 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:4570).

STS 877/2021, de 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:4568).

STS 876/2021, de 20 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:4573).

STS 835/2021, de 1 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS: 2021:4393).

STS 827/2021, de 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4377).

STS 824/2021, de 30 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4336).

STS 806/2021, de 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:4235).

STS 805/2021, de 23 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:4223).

STS 784/2021, de 15 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2021\5340).

STS 767/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3965).

STS 766/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3964).

STS 765/2021, de 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:2515).

STS 764/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3962).

STS 763/2021, de 3 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3961).

STS 760/2021, de 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4063).

STS 756/2021, de 3 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:4066).

STS 746/2021, de 2 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3883).

STS 744/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3969).

STS 743/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3966).

STS 742/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3971).

STS 740/2021, de 2 de noviembre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2021:3970).

STS 737/2021, de 2 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3950).

STS 697/2021, de 13 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3731).

STS 687/2021, de 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3635).

STS 685/2021, de 8 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3725).

STS 649/2021, de 13 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:3729).

STS 648/2021, de 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3515).

STS 647/2021, de 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3429).

STS 646/2021, de 28 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3523).

STS 644/2021, de 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:3514).

STS 643/2021, de 28 de septiembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:3518).

STS 633/2021, de 27 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3567).

STS 632/2021, de 27 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3520).

STS 622/2021, de 22 de septiembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:3414).

STS 530/2021, de 13 de agosto, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:2866).

STS 524/2021, de 13 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2899).

STS 509/2021, de 8 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2822).

STS 495/2021, de 6 de julio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2656).

STS 474/2021, de 20 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2651).

STS 466/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2657).

STS 465/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2649).

STS 464/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2648).

STS 463/2021, de 29 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2645).

STS 441/2021, de 23 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2518).

STS 431/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2515).

STS 429/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2511).

STS 427/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2512).

STS 426/2021, de 22 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2510).

STS 421/2021, de 22 de junio P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS: 2021:2501).

STS 405/2021, de 15 de junio, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2021\2841).

STS 403/2021, de 15 de junio P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2021\2867).

STS 407/2021, de 15 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:2482).

STS 390/2021, de 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2021\2667).

STS 360/2021, de 25 de mayo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2021\2245).

STS 339/2021, de 18 de mayo, p. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1926).

STS 336/2021, de 18 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1933).

STS 325/2021, de 17 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1924).

STS 309/2021, de 12 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1843).

STS 243/2021, de 4 de mayo, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:1622).

STS 242/2021, de 4 de mayo, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2021:1618).

STS 241/2021, de 4 de mayo, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1621).

STS 218/2021, de 20 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2021\1794).

STS 216/2021, de 20 de abril, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:1451).

STS 208/2021, de 19 de abril, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:1458).

STS 195/2021, de 12 de abril, P. José Luis Seoane Spiegelberg (RJ 2021\1706).

STS 192/2021, de 6 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2021\1483).

STS 162/2021, de 23 de marzo, P. Pedro Jose Vela Torres (ECLI: ES: TS:2021:1103).

STS 132/2021, de 9 de marzo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2021\965).

STS 101/2020, de 12 febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\329).

STS 99/2021, de 23 de febrero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2021\779).

STS 86/2021, de 17 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:529).

STS 80/2021, de 15 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2021\449).

STS 68/2021, de 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:384).

STS 63/2021, de 9 de febrero, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2021:388).

STS 49/2021, de 4 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2021:468).

STS 34/2021, de 26 de enero, P. Pedro José Vela Torres (ECLI: ES: TS:2021:121).

STS 32/2021, de 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2021:125).

STS 676/2020, de 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:4290).

STS 642/2020, de 27 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2020\4793).

STS 589/2020, de 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2020:3688).

STS 675/2020, de 15 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:4251).

STS 589/2020, de 11 de noviembre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2020:3688).

STS 581/2020, de 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:3549).

STS 580/2020, de 5 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2020:3549).

STS 564/2020 de 27 de octubre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020, 4141).

STS 560/2020, de 26 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2020\4173).

STS 534/2020, de 15 de octubre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2020:3417).

STS 511/2020, de 6 octubre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\3551).

STS 509/2020, de 6 de octubre, P. Juan María Díaz Fraile (ECLI: ES: TS:2020:3133).

STS 454/2020, de 23 de julio, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\2519).

STS 408/2020, de 7 de julio, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\2298).

STS 334/2020, de 22 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2020:2069).

STS 168/2020, de 11 de marzo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\944).

STS 149/2020, de 4 marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2020\407).

STS 121/2020, de 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\486).

STS (Pleno), 105/2020, de 19 de febrero, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2020\399).

STS 101/2020, de 12 de febrero, P. Pedro José Vela Torres, (RJ 2020\329).

STS 85/2020, de 6 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2020\3857).

STS 71/2020, de 4 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\440).

STS 56/2020, de 27 de enero, P. Juan María Díaz Fraile (JUR 2020, 40035).

STS 23/2020, de 20 de enero de 2020, P. Juan María Díaz Fraile (RJ 2020, 66).

STS 21/2020, de 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2020\486).

STS 675/2019, de 17 de diciembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2019\5120).

STS 660/2019, de 11 de diciembre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2019:3917).

STS 605/2019, de 26 de junio, P. María de los Ángeles Parra Lucán (ECLI: ES: TS:2019:3528).

STS 551/2019, de 18 de octubre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2019\4102).

STS (Pleno), 463/2019, de 11 de septiembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2019\3343).

STS 422/2019, de 16 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2019\2799).

STS 361/2019, de 26 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\2630).

STS 247/2019, de 6 de mayo, P. Francisco Javier Orduña Moreno (ECLI: ES: TS:2019:1441).

STS 214/2019, de 5 de abril, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\1360).

STS 158/2019, de 14 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\924).

STS (Pleno), 137/2019, de 6 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\712).

STS 109/2019, de 19 de febrero, P. Javier Arroyo Fiestas (RJ 2019\501).

STS 101/2019, de 18 de febrero, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2019\498).

STS 64/2019, de 23 de octubre, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2019\4217).

STS 63/2019, de 31 de enero, P. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2019\247).

STS 57/2019, de 25 de enero, P. José Vela Torres (RJ 2019\137).

STS 44/2019 de 23 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2019\114).

STS 673/2018, de 29 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2018:3977).

STS 702/2018, de 13 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2018\6072).

STS 642/2018, de 20 de noviembre, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2018\5116).

STS 548/2018, de 5 de octubre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2018\4246).

STS 489/2018, de 13 de septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2018:3098).

STS 361/2018, de 15 de junio, P. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2018\243).

STS 314/2018, de 28 de mayo, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2018\2281).

STS (Pleno), 205/2018, de 11 de abril, P. Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2018/98122).

STS 89/2018, de 13 septiembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2018\3839).

STS 642/2017, de 24 de noviembre, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2017:4121).

STS 558/2017, de 16 de octubre, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2017:3721).

STS 282/2017, de 10 de mayo, P. Francisco Marín Castán (RJ 2017, 2400)

STS 171/2017, de 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2017:788).

STS 654/2017, de 1 de diciembre, P. Francisco Javier Orduña Moreno (ECLI: ES: TS:2017:4260).

STS 649/2017, de 29 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017/5632).

STS (Pleno), 608/2017, de 15 de noviembre, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\4730).

STS 558/2017, de 16 de octubre P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS: 2017:3721).

STS 487/2017, de 20 de julio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\4400).

STS (Pleno), 459/2017, de 18 de julio, P. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2017\3643).

STS 367/2017, de 8 de junio, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\2509).

STS 344/2017, de 1 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2017\2751).

STS 292/2017, de 12 de mayo, P. María de los Ángeles Parra Lucán (RJ 2017, 2194).

STS 171/2017, de 9 de marzo, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2017, 977).

STS (Pleno), 123/2017, de 24 de febrero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017\602).

STS 57/2017, de 30 de enero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017\371).

STS 30/2017, de 18 de enero, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2017, 922).

STS 12/2017 de 13 de enero, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2017\16).

STS (Pleno) 367/2016, de 3 de junio, P. Pedro José Vela Torres ((RJ 2306, 2016).

STS 364/2016, de 3 de junio, P. Ignacio Sancho Gargallo (ECLI: ES: TS:2016:2401).

STS 57/2016, de 12 de febrero, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2016\242).

STS (pleno) 705/2015, de 23 de diciembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2015\5714).

STS 654/2015, de 19 de noviembre, P. Pedro José Vela Torres (RJ 2015\5501).

STS 469/2015, de 8 de septiembre, P. Rafael Sarza Jimena (RJ 2015\3977).

STS 222/2015, de 29 de abril, P. Rafael Saraza Jimena (ECLI: ES: TS:2015:2207).

STS (Pleno) 265/2015, de 22 de abril, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2015\1360).

STS 138/2015, de 24 de marzo, P. Rafael Saraza Jimena (RJ 2015\845).

STS 87/2015, de 4 de marzo, P. Sebastián Sastre Papiol (RJ 2015/714)

STS 28/2015, de 11 de febrero, P. Sebastián Sastre Papiol (RJ 2015\335).

STS 86/2014, de 14 de mayo, P. Javier Orduña Moreno (RJ 2014\3880).

STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo, P. Rafael Gimeno Bayón Cobos (ECLI: ES: TS: 2013:1916).

STS 494/2012, de 20 de julio, P. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2012\8607).

STS 540/2010, de 26 de noviembre, P. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2011\1315).

STS 642/2008, de 8 de julio, P. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008\335).

STS 1237/2007, de 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008\25).

STS 1237/2007, de 23 de noviembre, P. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2008\25).

STS 876/2005, de 10 de noviembre, P. Jesús Corbal Fernández (RJ 2005\7724).

STS 685/2001, de 30 de junio, P. José de Asís Garrote (RJ 2001\498230).

STS 249/2001, de 19 de marzo, P. Antonio Romero Lorenzo (RJ 2001\4735).

STS 1153/2000, de 20 de diciembre, P. Pedro González Poveda (RJ 2001\352).

STS 929/2000, de 11 de octubre, P. Antonio Gullón Ballesteros (RJ 2000, 9193).

STS 993/1998, de 31 de octubre, P. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1998\8358).

STS 879/1997, de 13 de octubre, P. Román García Varela (RJ 1997\7073).

STS 120/1996, de 26 de febrero, P. Francisco Morales Morales (RJ 1996, 1264).

STS 195/1995, 23 de febrero, P. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa (RJ 1995, 1702).

STS 27/1993, de 6 de noviembre, P. Fernández-Cid de Temes (RJ 1993\8618).

STS de 16 de mayo 1991, P. Alfonso Villagómez Rodil (RJ 1991\3705).

STS de 11 de marzo 1991, P. Teófilo Ortega Torres (RJ 1991\2211).

STS de 12 de noviembre 1987, P. Matías Malpica González-Elipe (RJ 1987\8375).

STS de 10 de abril de 1985, P. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1985\1690).

STS de 28 de septiembre de 1984, P. Jaime Santos Briz (RJ 1984\4365).

STS de 30 de abril de 1982, P. Jaime Santos Briz (RJ 1982, 1970).

STS de 31 de marzo de 1980, P. Manuel González Alegre y Bernardo (RJ 1980\1233).

STS de 6 de febrero de 1959, P. Acacio Charrín y Martín Veña (RJ 1959, 462).

### **Autos Tribunal Supremo (Sala 1.ª)**

ATS de 10 de noviembre de 2021, P. José Luis Seoane Spielberg (JUR 2021\352841).

ATS de 9 de diciembre de 2020, P. Rafael Saraza Jimena (JUR 2020\361680).

ATS de 22 mayo de 2019, P. Francisco Martín Castán (RJ 2019\1977).

ATS de 22 de mayo de 2019, P. Ignacio Sancho Gargallo (RJ 2019\1980).

ATS de 6 de julio de 2016, P. Eduardo Baena Ruiz (JUR 2016/162924).

ATS de 8 de junio de 2016, P. Javier Arroyo Fiestas (JUR 2016/162336).

### **Sentencias Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJUE de 2 septiembre de 2021, asunto C-932-19 (ECLI: EU: C:2021:673).

STJUE de 27 de enero de 2021, asuntos acumulados C-229/19 y C-289/19 (ECLI: EU: C:2021:68).

STJUE de 25 de noviembre de 2020, asunto C-269/19 (ECLI: EU: C:2020:954)

STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI: EU: C:2020:578).

STJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18 (TJCE 2020\109).

STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (ECLI: EU: C:2020:138).

STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18 (ECLI: EU: C:2019:930).

STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-621/17 (TJCE 2019\224).

STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos C-70/17 y C-179/17 (ECLI: EU: C:2019:250).

STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17 (ECLI: EU: C:2019:207).

STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 (ECLI: EU: C:2018:750).

STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos C-96/16 y C-94/17, (ECLI: EU: C:2018:643).

STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (TJCE 2017\171).

STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (EU: C:2017:60).

STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (TJCE 2016, 309).

STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-191/15 (ECLI: EU: C:2016:612).

STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14 (TJCE 2016/138).

STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-348/14 (ECLI: EU: C:2015:447).

STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (TJCE 2015, 179).

STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (TJCE 2015, 93).

STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI: EU: C:2015:21).

STJUE de 15 de enero de 2015, asunto C-537/13 (EU: C:2015:14).

STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (TJCE 2014, 105).

STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 (ECLI: EU: C:2014:10).

STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-512/19, (ECLI: EU: C:2013:341).

STJUE de 21 de marzo 2013, asunto C-92/11, (ECLI: EU: C:2013:180).

STJUE de 21 de febrero 2013, asunto C-472/11 (EU: C:2013:88).

STJUE de 14 de marzo 2013, asunto C-415/11 (ECLI: EU: C:2013:164).

STJUE de 14 de junio 2012, asunto, C-618-2010, (ECLI: EU: C:2012:349).

STJUE de 15 de marzo 2012, asunto C-453/10 (ECLI: EU: C:2012:144).

STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08 (ECLI: EU: C:2009:350).

### **Autos Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020 (ECLI: EU: C: 2021:945).

ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21 (ECLI: EU: C: 2021:943).

ATJUE de 6 de diciembre de 2021, asunto C-670/20 (ECLI: EU: C:2021:1002).

ATJUE de 1 de junio de 2021, asunto C-268/19 (ECLI: EU: C: 2021:423).

ATJUE de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19 (ECLI: EU: C: 2021:158).

ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16 (ECLI: EU: C:2019:560).

ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-167/16 (ECLI: EU: C:2019:570).

ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16 (ECLI: EU: C:2019:578).

### **Sentencias Audiencias Provinciales**

SAP de Barcelona 530/2022, de 22 marzo (JUR 2022\168331).

SAP de Barcelona 521/2022, de 21 marzo (JUR 2022\169196).

SAP Pontevedra 371/2020, de 25 junio (JUR 2020\242675).

SAP de Islas Baleares 275/2019, de 15 abril (AC 2019\713).

SAP de Granada 582/2018, de 13 diciembre (JUR 2019\238429).

AAP de Zaragoza 584/2018, de 12 diciembre (ECLI: ES: APZ:2018:2179A).

SAP de Ciudad Real 48/2018, de 11 abril, (RJ 2018, 232).

SAP de Valencia 603/2017 de 15 noviembre. (JUR 2018\56619).

SAP de Badajoz 232/2017, de 29 junio (JUR, 2017, 202049).

SAP de Badajoz 213/2017, de 15 junio (JUR 2017, 188443).

SAP de Zaragoza 322/2017, de 5 junio (JUR 2017, 171177).

SAP de Zaragoza 321/2017, de 2 junio (JUR 2017, 171178).

SAP de Badajoz 190/2017, de 29 mayo (JUR, 2017, 177299).

SAP de Zaragoza 212/2017, de 27 abril (JUR 2017, 118823).

SAP de Sevilla 676/2016, de 29 diciembre (AC 2016/2114).

SAP de Palencia 223/2016, de 14 noviembre (JUR 2016, 259847).

SAP de Navarra 104/2016, de 29 febrero (JUR 2016, 146886).

SAP de Madrid 456/2015, de 21 julio (AC 2015/1454).

AAP de Barcelona, de 11 febrero de 2015 (JUR 2015\116293).

SAP de Alicante 396/2014, de 12 junio (AC 2014/1136).

### **Sentencias Juzgados**

SJPI de Pamplona 164/2017, de 13 junio (JUR 2017, 149083).

SJMER de Palma de Mallorca, de 17 marzo 2015 (JUR 2015/285992).

SJPI de Vitoria, 2/2015, de 7 enero (JUR 2016, 3075).

**Autos Juzgados**

AJPI de Teruel, de 26 de junio de 2018 (ECLI: ES: JPII:2018:11A).

AJPI de Albacete, de 2 de octubre de 2018 (ECLI: ES: JPI:2018:8A).

AJPI de Orense, de 15 de marzo de 2019 (ECLI: ES: JPI:2019: 5.<sup>a</sup>).

**Resoluciones Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y Dirección General de Registros y Notariado**

RDGSJFP 183/2021, de 22 diciembre (JUR 2022\6874).

RDGSJFP 20033/2021, de 15 noviembre (JUR 2021\381767).

RDGSJFP 16907/2021, de 8 septiembre (RJ 2021\4698).

RDGRN 11323/2018, de 20 julio (RJ 2018\3172).

RDGRN 11729/2017, de 19 septiembre (RJ 2017\4378).

RDGRN 6547/2017, de 19 de mayo (RJ 2017\2516).

RDGRN 7888/2016, de 15 julio (RJ 2016\52541418).

RDGRN 14180/2015, de 10 diciembre (RJ 2015\6297).

RDGRN 3794/2015, de 12 marzo (RJ 2015\1586).

RDGRN 10955/2014, de 29 septiembre (RJ 2014\5500).

RDGRN 2129/2014, de 5 febrero (RJ 2014\1178).

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros\*

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

**DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: *Nulidad parcial en los contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2022, 248 pp.**

El libro objeto de esta reseña, pulcramente editado por la editorial Aranzadi, es resultado de la tesis doctoral de su autor, defendida en cotutela en las Universidades de Oviedo y Colonia –universidad esta última en que su autor se doctoró merced a una estancia como becario en el «Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles»–. Se ocupa de un tema que, siendo clásico, la nulidad parcial del contrato, se ha tornado a la vez de gran actualidad, pues a nadie escapa que es uno de los instrumentos fundamentales de los que se sirve el legislador europeo para corregir las infracciones a los estándares de contratación por él impuestos.

Esa dicotomía entre clasicidad y actualidad del tema marca que el libro, aunque formalmente no lo declare, se divide en cierto modo en dos partes netamente diferenciadas: una primera, más extensa, en la que se aborda la categoría de la nulidad parcial y se explican sus fundamentos, requisitos y eficacia en materia contractual general; y una segunda, más breve, en la que se tratan las cuestiones relativas a la nulidad parcial del contrato derivada de la normativa europea sobre contratación con condiciones generales.

El autor se mueve en un plano más bien dogmático en la primera parte y lo hace con enorme soltura, demostrando capacidad de análisis y mentalidad práctica para hallar soluciones bien fundadas y asumibles. No hay que olvidar que la nulidad parcial es una categoría ajena al Código Civil español, con lo cual su admisión exige una labor constructiva y delimitadora de su ámbito aplicativo. El autor parte de las categorías de la ineficacia para explicar la nulidad parcial como una consecuencia del principio de conservación del contrato, para el que halla un fundamento legal en el artículo 1284 del Código Civil, en sede de interpretación. A la vez, conforme con los ejemplos del Derecho comparado, y en particular con el artículo 1419 del *Codice civile* y el § 139 *BGB*, fundamenta la nulidad parcial en el respeto a la voluntad de las partes, es decir, en el propósito de que la nulidad de un elemento contractual accesorio no dé ocasión a una de ellas a prevalerse de la circunstancia para alterar el equilibrio contractual pactado.

---

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

A partir de ahí, el autor analiza los casos particulares en que el Código Civil prevé una nulidad contractual parcial (artículos 1155, 1260, 1476, 1691, 1884) para centrarse luego en el artículo 6.3.º del Código y concluir que la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas que el precepto impone no es solo y siempre la total y absoluta, sino también la parcial y limitada, que es a su juicio la que se debe aplicar cuando proteja efectivamente frente a la contravención legal y sea más conforme con la voluntad de las partes.

En cuanto a las consecuencias de la nulidad parcial, el autor parte de un interesante análisis según la nulidad produzca un efecto eliminatorio de la cláusula, una reducción de su eficacia o una sustitución de la cláusula en cuestión. Se examinan en detalle la diversa función de este tipo de nulidades y las características y rasgos que permiten al intérprete distinguir una u otra consecuencia. A continuación, se analiza la posible responsabilidad precontractual en la que puede incurrir la parte que ha provocado la inclusión de la cláusula afectada por nulidad parcial y la necesaria integración del contrato en los casos en que la nulidad parcial exija un complemento sustitutorio.

Todo el análisis sistemático realizado hasta ahora en los tres primeros capítulos viene complementado por un capítulo cuarto titulado «Estudio jurisprudencial sobre la nulidad parcial del contrato». Esta opción de deslindar la jurisprudencia de la parte más doctrinal puede resultar a primera vista criticable para el lector. Pero el referido título es más bien engañoso, pues en realidad los aportes jurisprudenciales se han ido analizando al hilo de las cuestiones desarrolladas, y esta parte sirve fundamentalmente para reunir y sistematizar toda una serie de pronunciamientos jurisprudenciales sobre dos cláusulas típicamente afectadas por la nulidad parcial, la de sobreprecio en las viviendas protegidas y la de revisión de rentas contrarias a la legislación arrendaticia.

Desde la mitad de este capítulo cuarto, el libro cambia de orientación. Si hasta ahora el estudio, como se ha dicho, se ha desarrollado sobre una materia clásica del Derecho general de contratos, a partir de este punto el autor se introduce en toda la cuestión de la nulidad parcial producida como consecuencia de la contravención de las normas sobre condiciones generales o sobre protección de consumidores impuestas por el legislador europeo y español. El libro, en ese sentido, gana en actualidad—si es que puede admitirse que los temas clásicos no sean permanentemente actuales—. También es verdad, no puede ocultarse, que esa actualidad y la propia dificultad de moverse en una materia tan oscilante como es toda la de consumo hace que esta parte sea quizá menos clara y sistemática que la primera. Si Borja del Campo ha sido en aquella un espléndido expositor y analista, hay que reconocer que esta segunda resulta algo más farragosa. Tal vez el hecho viene motivado por iniciarse ese «cambio de tercio» hacia el Derecho del consumo precisamente a mitad del capítulo cuarto, momento en que, sin haberse aún expuesto los fundamentos y soluciones de la normativa sobre contratación con condiciones generales, se aborda un detallado análisis de la jurisprudencia europea sobre nulidad parcial de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria.

El problema se corrige en el último capítulo del libro, el quinto, relativo a la nulidad parcial del contrato en el Derecho de consumo español. Se expone allí la eficacia de la normativa sobre transparencia y abusividad, y las consecuencias de la no incorporación de una cláusula a la regulación contractual, tomando postura ante cuestiones debatidas, o abriendo debates que quizá se han cerrado en falso. Es cierto que a veces el lector agradecería un tratamiento

más amplio de propuestas que el autor realiza en materias muy discutidas, como su posición favorable a la nulidad parcial del clausulado no transparente independientemente de su abusividad, o su apuesta por aplicar el plazo de prescripción del artículo 1964, interpretado en sentido subjetivo, a la restitución de prestaciones indebidamente cobradas a consecuencia de una cláusula abusiva. Pero el conjunto resulta bien fundado y el lector tiene la posibilidad de calibrar su argumentario en una materia de enorme actualidad y con soluciones aún no del todo asentadas. El libro se cierra con un examen de la nulidad parcial en los textos uniformes y una interesante propuesta de regulación de la materia en una posible modernización de nuestro Código Civil.

Hasta aquí el libro, que merece un juicio eminentemente favorable y que viene además avalado por un excelente prólogo del que fuera director español de la tesis, profesor Durán Rivacoba. Hay que confiar, como hace el prologuista, en que los extraños cauces y recovecos del mutable sistema universitario español no acaben desalentando la carrera universitaria que con esta monografía estrena su autor.

Nieves ROJANO MARTÍN  
Investigadora predoctoral  
Universidad de Málaga

**GAGO SIMARRO, Clara: *Las donaciones en la sucesión hereditaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 396 pp.**

He recibido el encargo por parte de los responsables del ADC de hacer una reseña al libro arriba referenciado, cometido que acepto encantado. La obra es la publicación de la tesis doctoral de la autora, la Dr.<sup>a</sup> Clara Gago Simarro, Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, realizada bajo la dirección por la Dr.<sup>a</sup> Camino Sanciñena Asurmendi. La tesis fue defendida en la Universidad de Oviedo, el día 29 de noviembre de 2019, ante un tribunal, en el que tuve el honor de participar junto con ilustres compañeros civilistas, la Prof.<sup>a</sup> Herminia Campuzano Tomé, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, el Prof. Andrés Domínguez Luelmo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, el Dr. Julio Carbajo González, Prof. Titular de la Universidad de Oviedo y la Profesora Verónica Bongiovanni, de la Universidad de Messina. La tesis mereció, por unanimidad, la máxima calificación de sobresaliente «con laude», con mención internacional. Con posterioridad la Universidad le otorgó, un merecidísimo Premio Extraordinario de Doctorado.

El libro que tenemos en nuestras manos, con prólogo de la Profesora Camino Sanciñena, es una obra de un enorme calado doctrinal y práctico, muy rigurosa en su tratamiento y completa en el manejo de fuentes doctrinales y jurisprudenciales, que muestra una gran madurez en la joven autora, fruto de un trabajo reflexivo, sosegado y constante.

Fue un acierto la elección del tema y su tratamiento y desarrollo. Hace muchos años, quizás más de los que quisiera, en mi etapa de doctorando, un querido Profesor de la Universidad de Córdoba, me hacía ver la importancia de la tesis doctoral en la formación del Universitario: «nunca dedicarás tanta dedicación y esfuerzo a un trabajo de investigación como la tesis, tu capacidad investigadora quedará reflejada en lo que seas capaz de dar en este

momento, serás conocido durante muchos años en tu ámbito científico, para lo bueno y para lo malo, por tu tesis doctoral».

La elección de un tema de tesis doctoral adecuado es básico, un tema que sepa aunar varias características, ser esencialmente formativo para el autor, y ser un tema de interés para la sociedad. En este caso, la elección fue un acierto.

Siempre digo que la tesis doctoral «no se concluye» materialmente hasta que se publica, hasta que mostramos al mundo científico nuestro estudio y nuestras capacidades.

El objeto de libro, las donaciones en la sucesión hereditaria, viene a abordar las relaciones, complejas ciertamente, entre dos grandes figuras o instituciones del Derecho Civil, por una parte, el contrato de donación, y por otra, la sucesión *mortis causa*. Como bien dice la profesora Sanción en el prólogo a la obra, la misma «bucea en uno de los campos más complicados del Derecho civil, que como sistema abarca el estudio de la totalidad del Derecho de sucesiones».

Las relaciones entre donaciones y sucesión hereditaria no ha sido claras históricamente, habiéndose producido en muchas ocasiones confusiones entre los conceptos de cómputo, imputación, reducción y colación. La autora los desentraña con claridad expositiva, profundidad, rigor, honestidad en el manejo de fuentes, estudiando las soluciones correspondientes en el sistema del Código Civil español, las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, intentando y logrando, poner orden y claridad donde no siempre la hay. Su obra resulta además particularmente interesante por la consideración de las soluciones ofrecidas a los problemas tratados en los países de nuestro entorno –Francia, Italia, Portugal–, en los Derechos civiles «forales o especiales», como los denomina el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución española.

Las relaciones entre donación y sucesión hereditaria se identifican claramente por la autora, centrándolas, fundamentalmente en las siguientes: a) Operaciones de cómputo de las donaciones en la masa hereditaria, distinguiendo entre un cómputo a efectos de cálculo de legítimas (*ex art. 818.2 del CC*) y un cómputo a efectos de colación –«para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición» (*ex art. 1035 ss. CC*) en los casos en los que la misma proceda; b) Imputación de donaciones y reducción de donaciones inoficiosas.

Dedica la Prof.<sup>a</sup> Gago los primeros capítulos al estudio de las dos figuras de cómputo de donaciones apuntadas que, en cualquier caso, están relacionadas, como se deduce de los artículos 1036, 1037, 1038, 1042 y 1044 del CC. Como señala la autora, la «confusión entre la colación y las operaciones de protección de la legítima se ve propiciada por el hecho de que tanto para cálculo de la legítima como de la colación deben realizarse las mismas operaciones ideales: el cómputo y la imputación de las donaciones».

El Capítulo I de la obra que nos ocupa tiene por título «Evolución histórica de las operaciones de cómputo de donaciones», en el que con rigor y claridad la autora estudia los antecedentes históricos de los tipos de computación, partiendo del Derecho romano, la influencia que supuso el Derecho germánico, así como la situación en el Derecho histórico español.

Los Capítulos II y III estudian el régimen jurídico de la computación de las donaciones. El Capítulo II, con el título, «El cómputo de las donaciones», se ocupa de estudiar el cómputo en los dos sentidos antes señalados: trata de las donaciones computables para el cálculo de las legítimas (*art. 818.2 CC*), así como de las atribuciones gratuitas que deben ser objeto de colación en sentido estricto, las cuales deben computarse en la cuenta de partición (*art. 1035 CC*),

concretando las donaciones sujetas a las dos operaciones de cómputo y estudiando el problema de las posibles donaciones excluidas de alguna de ellas, sea *ex lege*, sea por voluntad del causante o del donatario.

El testador no puede perjudicar la legítima de los herederos forzosos, ni en testamento, ni tampoco mediante donaciones en vida (art. 636 del CC). Para calcular la legítima individual de cada legitimario, y ver si las donaciones y atribuciones patrimonial gratuitas hechas por el causante en vida, son a la postre perjudiciales a la legítima, a la muerte del causante deben sumarse las mismas al valor líquido del *relictum*, de conformidad con el artículo 818.2 del CC. Deben sumarse todas las donaciones, ya se hubieren hecho a legitimarios que acepten la herencia –sean con o sin dispensa de colación–, a legitimarios que repudien la herencia, o a extraños. No obstante, el artículo 818.2 de una forma un tanto confusa señala: «Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables». Emplea la palabra «colacionables», pero no en el sentido técnico de los artículos 1035 ss. del CC. Estudia la autora las disputas doctrinales que sobre esta cuestión surgieron en los primeros años de vigencia del CC. Hoy está claro que deben sumarse al *relictum* todas las donaciones hechas en vida por el causante, aun cuando no sean «colacionables» *ex art.* 1035 del CC, para poder determinar, de este modo, si son o no inoficiosas, si procede o no su reducción.

Con independencia de la operación anterior, en aquellos casos en que concurren en la sucesión herederos legitimarios de la misma clase, procede, en vía de principio, la colación de las donaciones que hayan recibido del causante, como operación particional en los términos de los artículos 1035 ss. del CC. Como señala la autora, la colación es una operación contable, que deben realizar los herederos forzosos de una misma clase, que consiste en agregar a la masa hereditaria las atribuciones gratuitas que hubiesen recibido del causante, en vida del mismo, para calcular la cuota hereditaria, de modo que, salvo que la mismas sean no colacionables, el donatario tomará de menos en la herencia cuanto ya hubiese recibido en vida del causante, como modo de igualar a los distintos herederos forzosos, considerándose que lo percibido por el heredero forzoso a título lucrativo es un anticipo de su participación en la sucesión del donante. Para que juegue el instituto de la colación es necesario que concurren varios herederos de la misma clase, sin que la misma quede, pues limitada a los descendientes, afectando, pues, en su caso, a los ascendientes. Estudia, y razona la autora la exclusión del ámbito de la colación de las atribuciones gratuitas por el cónyuge sobreviviente.

La obra continúa con el estudio de los supuestos de donaciones sujetas a las dos operaciones de cómputo señaladas: se ocupa, en primer lugar, de las donaciones computables por razón de su objeto (a), tratando con posterioridad, las donaciones por el momento en que fueron realizadas (b): a) Por razón de su objeto, deben incluirse, tanto en las operaciones de computación a efectos de cálculo de legítima, como de cálculo de cuotas hereditarias de los legitimarios-herederos, todas las donaciones o atribuciones a título gratuito colacionables (art. 1035 CC), la mitad del valor del bien donado conjuntamente al hijo y a su cónyuge (art. 1040 CC en relación con el 637 CC), los gastos hechos por el padre para pagar deudas de sus descendientes –siempre que se hagan «animus donandi», y no como simple pago por tercero–, los gastos hechos para conseguirles títulos de honor u otros gastos análogos (art. 1043 CC). La autora concreta que tales operaciones no solo afectan a las donaciones en sentido estricto sino también a otras transmisiones a título gratuito que no son estrictamente donaciones propias, como las donaciones

remuneratorias, entendiendo con relación a las mismas, frente a una postura que podemos denominar clásica, que procede la consideración de la totalidad de la donación, y no solo de la parte de la donación que exceda del valor del servicio prestado, postura hoy asumida por la jurisprudencia moderna. Por el contrario, en las donaciones modales o con carga, la autora defiende, acertadamente, la consideración tan solo de la parte de donación que exceda del valor del gravamen impuesto al donatario. Finamente estudia la autora el problema de las donaciones disimuladas, en el caso de que las mismas deban considerarse válidas. Si las donaciones disimuladas no son válidas (así ocurre hoy por no respetarse la forma en la donación de inmuebles con cobertura de escritura pública de compraventa o en la donación de muebles con cobertura de escritura pública o privada de compraventa sin entrega simultánea de la cosa donada), si son nulas de pleno derecho, debe entenderse deben formar parte del *relictum* del causante. Por el contrario, si tales donaciones se consideran válidas (donación disimulada de cosa mueble con entrega de la cosa), el valor de las donaciones debe ser considerado tanto para la computación a efectos de legítima (art. 818.2 CC) como a efectos de colación, sin que debamos entender que la simulación suponga, *per se*, una dispensa tácita de colación; b) Por el momento en que fueron realizadas, a efectos del 818.2 CC y del artículo 1035 CC aclara la autora que resulta irrelevante la fecha de la donación, a diferencia de lo que sucede para el ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad, añadiendo que una reforma legislativa encaminada a la flexibilización de la legítima debería delimitar las donaciones computables en atención a su fecha, obviando las realizadas con una cierta antigüedad, como ocurre en el BGB, en el Derecho catalán –salvo que se trate de donaciones hechas a un legitimario e imputables a su legítima– o en la propuesta de Código Civil de la APDC.

A continúa la obra estudia y delimita las donaciones excluidas de las operaciones de cómputo, sea *ex lege* (a), sea por voluntad del causante (b).

a) Si bien todas las donaciones son computables *ex artículo* 818.2, no todas las donaciones son colacionables. La regla general es que deben colacionarse todas las donaciones hechas a herederos legitimarios –que concurren con otros de la misma clase–, sin embargo, como apunta la autora, existen determinadas donaciones o gastos excluidos *ex lege* de colación –debiendo entenderse también excluidos del artículo 818,2 CC– que tienen la finalidad de proteger al donatario vulnerable o excluir donaciones irrisorias. Estudia la autora el artículo 1041 CC, precepto que, tras la publicación de la obra, ha recibido una nueva redacción con 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, pasando a tener la siguiente redacción: «No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre. – Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad». En cualquier parte los razonamientos y consideraciones de la autora son actualmente útiles, sea porque hay partes del precepto que a pesar de la Ley 8/2021 realmente no han cambiado, sea por serles aplicables a la nueva redacción.

b) Mención especial merece el estudio de las donaciones excluidas por voluntad del causante. Si bien el donante-causante puede declarar no colacionables concretas donaciones que haga o haya hecho, ya sea tal dispensa expresa o tácita, sin embargo, ello no supone que las mismas no deban ser tenidas en

cuenta para el cálculo de legítimas *ex* artículo 818.2 CC, tal y como se deduce del artículo 1036 CC, que salva la reducción de donaciones inoficiosas a pesar de existencia de la dispensa de colación. Mientras que las normas de computación a efectos de fijación de legítimas son imperativas, las normas sobre colación son meramente dispositivas. El fundamento de la colación, como señala la Prof.<sup>a</sup> Gago, reside en la presumible voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos, presunción «*iuris tantum*» que puede quedar desvirtuada por la manifestación de voluntad del propio testador, mediante la dispensa de colación. De este modo en caso de donación con dispensa de colación, ya se realice tal dispensa al tiempo de la donación o en acto posterior, si bien la donación debe adicionarse *ex* artículo 818.2 para fijar las legítimas y ver si se lesiona la legítima de los demás herederos forzosos, si tal donación no es inoficiosa se conserva íntegramente, de modo que se desiguale a los herederos, pues el donatario además de recibir la cuota hereditaria que le corresponda conservará la donación. La dispensa de colación produce sus efectos al tiempo de la muerte del donante, siendo revocable por el mismo en cualquier momento. Esta revocabilidad es clara en los casos de dispensa contenida en acto de última voluntad, pero la doctrina la discute cuando se recoge en el mismo acto de la donación, pues la dispensa forma parte del contrato: la Prof.<sup>a</sup> Gago, en línea con la jurisprudencia más reciente, partiendo de la eficacia *mortis causa* de la dispensa de la colación, señala que la misma participa de las notas propias de los actos *mortis causa*, entre ellas la revocabilidad, rechazando la tesis que en este caso exige la voluntad concorde de donante y donatario.

Analiza, finalmente, la autora el posible juego de la voluntad del donatario en las operaciones que nos ocupan, mediante la repudiación de la herencia a la que hubiese sido llamado. En este caso, la donación recibida en vida del causante debe ser considerada a los efectos del 818.2 CC, sin que deban colacionarse. El donatario mantendrá la donación íntegramente en tanto no resulte inoficiosa.

En el Capítulo III, el libro trata del importante y complejo problema de la valoración de las donaciones, sea en la computación *ex* artículo 818.2 CC, sea a efectos de colación, tema del que tuve ocasión de ocuparme hace ya algunos años.

En primer lugar, se ocupa la autora de concretar que la operación de cómputo de donaciones en sede de legítimas, y la que se produce en sede de colación, suponen la adición contable de la donación a la masa hereditaria, tal como señala expresamente el 818.2 CC para la primera, y el artículo 1045 CC para la colación: «no ha de traerse a colación las mismas cosas donadas, sino su valor» (sistema de colación por imputación). Si sumado idealmente el valor de la donación *ex* artículo 818.2 CC la misma no resulta inoficiosa, el donatario conservará los bienes recibidos a título gratuito en vida del causante, sin tener que aportar la donación –ni materialmente, ni en metálico– a la sucesión. En caso de colación, el sistema de colación por imputación supone un incremento de la masa partible con la consecuencia de que el heredero donatario tomará de menos en la misma *ex* artículo 1047 CC: «El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad».

Se plantea la autora si es posible, en un caso concreto, la colación *in natura* a pesar del artículo 1045 CC. Después de estudiar el tema en el sistema francés, italiano, portugués y navarro, así con la jurisprudencia, la autora señala que sería admisible en el caso de acuerdo unánime de los coherederos. Igualmente

lo admite en los casos en que lo ha dispuesto expresamente el causante, si bien en este caso, apunta, se trata de un supuesto de colación voluntaria regida por la voluntad del causante y no un supuesto de colación legal.

Con relación al momento al que se debe atender para valorar la donación en los dos ámbitos que nos ocupan, de la redacción originaria de los artículos 818 y 1045 del CC, que contemplaban la valoración de la donación «al tiempo» en que se hubiere hecho, se entendía que el CC había acogido el principio nominalista, conforme al cual debía atenderse a la suma de unidades monetarias que valía el bien al tiempo de la donación –sin actualización alguna–. Expone la autora las críticas que recibió doctrinalmente este sistema por los resultados injustos en perjuicio de los herederos que producía, derivados del fenómeno de la inflación monetaria, y los intentos de algún sector doctrinal de interpretación correctora del sistema, en pro de un sistema valorista, que tradujera el valor de la donación al tiempo de hacerse –habría que atender a los bienes tal y como se encontraban al tiempo de hacerse la donación– a unidades monetarias de ahora. Finalmente, el sistema legal del CC originario quedó superado con la modificación que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del CC, que suprimió la referencia a la valoración de los bienes a efectos de cálculo de legítimas antes presente en el artículo 818.2 CC y que modificó el artículo 1045 CC señalando, en sede de colación, que debía atenderse al «valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios». El silencio del artículo 818.2 CC debe llevar a entender que en la operación de computación debe aplicarse el mismo criterio valorativo que el marcado por el artículo 1045 del CC a efectos de colación.

La autora estudia con profundidad y claridad las cuestiones relativas al avalúo de los bienes hereditarios, el avalúo de las donaciones, prestando especial atención al problema de las donaciones pecuniarias. En el primer punto, defiende que la valoración de los bienes hereditarios en la partición debe hacer no al tiempo de la muerte del testador sino al tiempo en que se haga la partición. Este mismo criterio es el aplicable a las donaciones sujetas a colación. Igualmente, el valor al tiempo al que se haga la partición debe entenderse aplicable a la computación de las donaciones para fijación de legítima, debiendo considerarse que la reforma de la Ley 11/1981 ha pretendido unificar criterios de valoración de las donaciones en ambas figuras, criterio más de interconexión de las mismas. No obstante, por el juego de la voluntad del donante-testador posible en la colación –que puede llegar a la dispensa de la misma–, cabe que el donante establezca criterios de valoración a efectos de colación, pudiendo alterar el momento de valoración de las donaciones al que haya atender, no aplicables a la computación *ex* artículo 818.2 CC, lo que en unos casos, en concreto cuando el valor de colación sea inferior que aplicado a efectos de fijación de legítimas, debe entenderse como dispensa parcial de colación. En el caso contrario, en que la donación a efectos de colación deba valorarse de modo más alto que a efectos de fijación de legítimas, como señala la Prof.<sup>a</sup> Gago, tal situación «no puede suponer un perjuicio más grave para el donatario que la comprobación de la inoficiosidad de su donación».

De especial interés resultan el estudio que hace la Dr.<sup>a</sup> Gago en el tema de la valoración de las donaciones pecuniarias, destacando el cambio de un sistema nominalista a un sistema valorista con la Ley 11/1981, como resulta del artículo 1045 CC criterio aplicable igualmente a la computación *ex* artículo 818.2 CC–, así como de las donaciones de dinero con la finalidad de que el donatario adquiera un bien, en la práctica generalmente un inmueble. Igual-

mente, destacable resulta el profundo tratamiento que hace de los problemas derivados de las alteraciones de valor de los bienes donados, derivados del aumento o deterioro físico de los mismos o de otras causas. Se ocupa igualmente de la valoración en caso de enajenación de los bienes donados y de la valoración, en los casos de pérdida o destrucción de los bienes donados, distinguiendo la hipótesis de haberse producido de manera casual o culpable.

Concluye el capítulo dedicado a la valoración con el estudio del artículo 1049 del CC que en sede de colación impone la consideración del valor de los frutos producidos desde la fecha de la apertura de la sucesión.

El Capítulo IV se ocupa de «La imputación de donaciones», estudiando en primer lugar el sentido y significado de la imputación, como aplicación de bienes o valores a concretas porciones o cuotas hereditarias, para pasar a continuación a tratar las dos finalidades de esta operación: a) una de ellas, a los efectos de comprobar si ha existido en el caso concreto lesión efectiva de la legítima individual de los legitimarios («imputación *stricto sensu*») —distinguiendo entre las donaciones hechas a favor de descendientes legitimarios, donaciones hechas a descendientes no legitimarios, donaciones hechas a favor del cónyuge viudo y las donaciones hechas a favor de extraños—; b) la otra finalidad está relacionada con la colación y sus efectos, de modo que la imputación de las donaciones en sede de colación lleva al donatario a tomar de menos en la herencia del donante, tanto como hubiese recibido a título gratuito en vida de este («sistema de colación por imputación»). Destaca la autora cómo, en la práctica, las operaciones de imputación *stricto sensu* se entremezclan con la colación, quedando en ocasiones diluidas, en particular cuando en la sucesión concurren tan solo herederos legitimarios que aceptan la herencia, confusión que, apunta, se acrecienta, por la propia falta de corrección terminología del CC y por la presencia de normas de imputación entre las reglas de la colación.

El Capítulo V, y último, se ocupa de la reducción de las donaciones, de la reducción del exceso de las donaciones, ya se trate de donaciones inoficiosas, ya de exceso de donaciones sujetas a colación. Las operaciones de cómputo —computación *ex* artículo 818.2 y colación *ex* artículo 1035 CC— e imputación, que en principio son operaciones ideales, contables, puedan dar lugar a efectos de reducción de donaciones cuando se comprueba que las mismas son excesivas, sea por atentar a la legítima de los legitimarios —donaciones inoficiosas—, sea —al entender de un sector doctrinal, del que se separa la autora— por exceder de la cuota hereditaria del legitimario.

En la reducción de donaciones por inoficiosa la autora estudia con todo detalle el orden de reducción de las liberalidades —legados y donaciones— inoficiosas, los requisitos para el ejercicio de la acción de reducción, la renuncia a dicha acción, el orden de reducción de las donaciones inoficiosas, el modo en que se ha producir la restitución de los bienes donados —materialmente o *ad valorem*— y los problemas derivados de la insolvencia del donatario, para ocuparse finalmente del plazo y naturaleza del mismo para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas.

En los casos en que de las operaciones de cómputo e imputación de donaciones sujetas a colación resuelve un exceso de donaciones con relación a la cuota hereditaria que corresponde al donatario, estudia la Prof. Gago, con la claridad que le ha caracterizado a lo largo de todo el libro, la polémica doctrinal sobre la reducción o no reducción de dichas donaciones, la cuestión de si el donatario está obligado a restituir materialmente o *ad valorem* dicho exceso de bienes donados con la finalidad de lograr el equilibrio o proporcionali-

dad de cuotas de todos los herederos forzosos de la misma clase del causante. El artículo 1047 del CC contempla un sistema de toma de menos, que parte de la idea de que la donación colacionable no agota la cuota hereditaria del donatario. El CC guarda silencio en caso de exceso de donación, partiendo de la idea de que la misma no es inoficiosa, estudiando la Dr.<sup>a</sup> Gago las dos posturas doctrinales existentes ante esta cuestión: a) la que entiende que el donatario debe restituir el exceso de la donación; b) la mayoritaria, que considera que el donatario no recibe nada por herencia, pero que tampoco debe aportar nada por el exceso de la donación no inoficiosa, postura que defiende con argumentos convincentes y solventes la autora.

La Prof.<sup>a</sup> Gago es consciente de que la legítima del CC es una institución que está en cuestión, si bien, con toda razón señala que las últimas reformas en la materia en otros sistemas jurídicos españoles y en el Derecho comparado se encaminan más hacia la reducción de la legítima que a su supresión, de modo que la esencia de trabajo ha de perdurar mientras que perdure la legítima.

Concluyendo nos encontramos ante una gran obra que aborda una de las cuestiones más complicadas del Derecho de sucesiones, las relaciones entre donaciones y sucesión «mortis causa». La Prof.<sup>a</sup> Gago con una gran exquisitez ha ido tratando todos los problemas planteables, ofreciendo un completo panorama doctrinal y jurisprudencial, con innumerables referencias de Derecho comparado y de nuestros Derecho civiles «forales o especiales», para concluir con su visión razonada de las cuestiones y de sus posibles soluciones. En suma, una obra con una exquisita pulcritud científica y con una enorme utilidad práctica y profesional, que debe estar presente en todas las bibliotecas jurídicas. En la mía, lo está.

Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Córdoba

**GINEBRA MOLINS, M.<sup>a</sup> Esperança: *La pluralidad de fiadores frente al acreedor: el «beneficio de división» en los Códigos civiles francés, español y de Quebec. En busca de un modelo para la codificación catalana*, Ed. Bosch, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, 240 pp.**

I. En el marco general del Derecho de obligaciones, y en el particular de la institución de la fianza, la presente obra aborda de forma magistral el estudio de los supuestos de pluralidad de fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda en el ámbito del Derecho comparado. En este sentido, conviene advertir al lector que, pese a que en el título de la monografía el objeto se reduzca al análisis del beneficio de división en los Códigos civiles de Francia, Quebec y España, se trata de una «mera ilusión»: la labor ejecutada desde la perspectiva comparatista va más allá, alcanzando a ordenamientos tales como el suizo o el alemán, al tiempo que proporciona un estudio histórico de la institución en estos ordenamientos, todo ello sin dejar de apuntar las opciones barajadas por «prelegisladores» o, incluso, en textos con valor de *soft law*.

II. La Dra. Ginebra Molins estructura la monografía en torno a tres pilares, a los que acompaña un elenco final de conclusiones. El primero de ellos, de carácter introductorio, sirve para realizar una presentación del objeto de estu-

dio. Como el propio rótulo indica, este se centra en la regulación de los supuestos en los que existen «diversos fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda» en los Códigos civiles francés, quebequés y español, limitándose, eso sí, al estudio de los efectos de la pluralidad de fiadores frente al acreedor y en el llamado «beneficio de división» –nótese que se descarta el análisis de los efectos que se producen entre los distintos fiadores. Y esta investigación se lleva a cabo desde diversos prismas, abarcando tanto los Códigos en sus redacciones vigentes como en sus versiones primigenias. Sea como fuere, se anticipa en este estadio preliminar que las soluciones de derecho positivo difieren, de ahí el interés de disociar los (dos) modelos protagonistas: los artículos 2302 y 2303 CCfr parten de que cuando varias personas hayan afianzado a un mismo sujeto deudor por una misma deuda, cada una de ellas queda obligada «por toda la deuda», si bien, frente a la reclamación del acreedor, cada uno de los fiadores puede alegar el beneficio de división, salvo que haya renunciado a este; el artículo 2349 CCQ, siguiendo el modelo francés, parte de la regla general contraria a la solidaridad; mientras, el artículo 1837 CC, en una redacción tanto alambicada, alude primero en el artículo 1837.I CC a la división de la obligación entre los diversos fiadores –a menos que se haya pactado expresamente la solidaridad–, al tiempo que, a su vez, califica en el artículo 1837.II CC la división como «beneficio». En definitiva, la legislación española de Derecho común combina dos ideas en principio antagónicas: de un lado, la división *ex lege* de la obligación de la que parte el párrafo primero del artículo 1837 CC; de otro, la consideración de la división como un «beneficio» *ex párrafo segundo* del mismo precepto. Esta regulación resulta especialmente llamativa si la contextualizamos en el régimen general (tradicional) de mancomunidad previsto entre codeudores en el artículo 1138 CC, de ahí que se reflexione sobre y se apunte la necesidad de afrontar una reforma del CC a través de la cual se de entrada en la norma civil común a una regla general de solidaridad. Sobre esta cuestión se exponen también cuáles han sido las propuestas *de lege ferenda* contenidas en distintos trabajos prelegislativos, tanto públicos como privados: la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación (2009), la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (2006) y la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018). Finalmente, esta parte introductoria no renuncia al recurso a otros instrumentos, bien de *soft law* (los Principios de Derecho Contractual Europeo o el Marco Común de Referencia), bien de Derecho positivo (BGB alemán), sirviendo como antesala de la futura regulación catalana contenida en el Libro Sexto del CCCat –cuya inconstitucionalidad no se cuestiona por la Dra. Ginebra Molins–.

III. Desde el punto de vista de quien suscribe estas líneas, el segundo capítulo o pilar queda marcado por el enorme valor añadido que aporta desde la perspectiva del Derecho comparado. En este sentido, la excelsa documentación de la que hace gala la autora y, en consecuencia, los nítidos detalles proporcionados, nos permiten acercarnos con mayor intensidad a culturas jurídicas foráneas, poniendo a nuestra disposición una sólida base intelectual para la interpretación y análisis de esos sistemas jurídicos– lo que instrumentalmente ayuda a entender e interpretar el sistema propio y, eventualmente, el contenido en el Libro Sexto del CCCat.

En este punto la monografía profundiza en el estudio de los modelos francés y quebequés. Y lo hace agotando su dimensión descriptiva, revisitando con-

cienzudamente el beneficio de división en el *Code civil* francés y en el Derecho civil de Quebec. Así, la Dra. Ginebra Molins plasma un examen sólido de la institución en clave histórica, navegando por trabajos prelegislativos, hasta recalcar en los preceptos señalados, vigentes en la actualidad. Insistimos en que se apoya, para ello, en un extenso y denso aparato bibliográfico en el despuntan referencias clásicas legislativas y doctrinales (por ejemplo, las Instituta o el Digesto, o ya autores como Pothier y Domat).

IV. En paralelo al examen de los ordenamientos de Francia y Quebec, el tercer capítulo o último pilar aborda en el «beneficio de división» en el Derecho civil español. De nuevo, el elemento histórico cobra especial protagonismo, transportándonos al Derecho castellano anterior al CC. La autora recuerda cómo en un primer momento, en base a las Siete Partidas, la Nueva Recopilación y Novísima Recopilación, se consideró innecesario el «beneficio de división», teniendo su reflejo posterior en el Proyecto de CC de 1836, en sus artículos 1827 y 1828 (donde se recogían los supuestos previstos en P.5,12,8, sin mencionar que la división fuese un «beneficio»). Estos preceptos eran los dos primeros del proyectado Capítulo «De las obligaciones y derechos de los cofiadores». Literalmente, el artículo 1827 Proyecto de CC de 1836 disponía que «Obligándose dos como fiadores de una deuda, no podrá ser demandado cada uno sino por la parte que proporcionalmente le corresponda»; mientras que el artículo 1828 Proyecto de CC de 1836 establecía que «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si cada uno de los fiadores se hubiere obligado mancomunadamente por toda la deuda, podrá exigírsele el pago de ella, quedándole el recurso contra los cofiadores del modo que se expresa en el artículo siguiente».

En un segundo momento, ya en plena etapa codificadora, el Proyecto de CC de García Goyena de 1851, reguló el llamado «beneficio de división», bajo la influencia del *Code civil* francés. Según el artículo 1750 Proyecto CC de 1851, «Siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno de ellos responde de toda la deuda.

Pero el reconvenido para el pago del todo podrá exigir que el acreedor divida su acción entre los fiadores y la reduzca á la parte y porción de cada uno de ellos.

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal».

Así, se consideraba que el primer párrafo del artículo contenía una regla interpretativa favorable a la integridad de la responsabilidad de los fiadores, fundamentada en la voluntad, partiendo de que cada cofiador contaba con serlo por el total de la deuda. Frente a esta regla interpretativa, el segundo párrafo del precepto establecía la posibilidad de que el reconvenido para el pago pudiera exigir al acreedor la división de su acción entre los fiadores, reduciéndola a la parte que correspondiera a cada uno de ellos. Este beneficio de división contra los cofiadores cesaría en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal (párrafo tercero del artículo 1750 Proyecto de CC de 1851). De conformidad con el artículo 1751 Proyecto de CC de 1851, el fiador que oponía el beneficio de división respondía proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores, pero no de la posterior a la división; ahora bien, tampoco respondería de la anterior en aquellos casos en los que el acreedor hubiese dividido su acción voluntariamente.

Avanzando en el tiempo, se da buena cuenta de la desconexión entre el aprobado artículo 1837. I CC y el antecitado primer párrafo del artículo 1751 Proyecto de CC de 1851, consagrándose en el texto del CC la división como

regla; sin embargo, en el segundo párrafo del artículo 1837 CC, se reproduce la parte final del artículo 1750 Proyecto de CC de 1851, dando cabida al beneficio de división. El resultado final positivizado en el CC se convierte así en fuente de conflictos, por cuanto al desaparecer la regla interpretativa de la integridad contenida en el artículo 1750.I Proyecto de CC de 1851, parece que se deja sin fundamento el beneficio de división del párrafo segundo del artículo 1837 CC, al menos en su consideración como «beneficio» o excepción. La Dra. Ginebra Molins navega entre las dificultades interpretativas, casi irresolubles, derivadas de la comprensión conjunta de los dos párrafos del artículo 1837 CC, dando cuenta de las exégesis dispares que se han polarizado en dos alternativas: en la primera, se partiría de la división *ex lege* de la obligación de los cofiadores; en la segunda, se trataría de un régimen próximo al de la solidaridad, si bien los cofiadores podrían alegar el beneficio de división como excepción.

La autora pone en conexión esta dificultad interpretativa con otra vinculada al ámbito subjetivo de aplicación, sobre el que tampoco existe una opinión unánime en la doctrina. Así, da cuenta de cómo, bajo el paraguas del artículo 1837 CC, podrían tener cabida diferentes supuestos, entre los que se encontrarían aquellos casos en los que existen diversos fiadores, en principio simultáneos, cotitulares todos ellos de una sola obligación subsidiaria de fianza; los casos en los que existan diversos fiadores, que podrían ser sucesivos, de un mismo deudor y por una misma deuda, que los serían en virtud de distintos contratos individuales de fianza (autónomas o independientes entre sí), en la que cada uno de los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda se obliga individualmente como tal en virtud de su propio contrato con el acreedor, de pluralidad de fiadores.

Sin restar importancia a las dudas predicables de la dicción del artículo 1837 CC, del que se «hace difícil extraer (...) conclusiones claras y unánimes», se llega a la propuesta formulada desde la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el año 2018. Esta se fundamenta en la máxima de que en el caso de que varios fiadores garanticen una obligación, tanto conjuntamente como independientemente, todos ellos responderán solidariamente frente al acreedor (art. 5174-1.1 Propuesta CC APDC). La regla de la solidaridad quebraría cuando los deudores lo fuesen en virtud de un contrato celebrado entre un profesional y en el que han actuado como consumidores, en cuyo caso se trataría de una obligación mancomunada (art. 513-2.b Propuesta CC APDC). Ahora bien, la Propuesta tampoco desecha la posibilidad de que las partes (fiadores y acreedor) pacten el beneficio de división.

Tras ofrecernos una aproximación a otro Derecho civil autonómico, el navarro, en el que la Compilación establece en su Ley 525.c la división *ex lege*, calificando tal división como beneficio, llegamos al punto de destino: el pasado y, sobre todo, prospectivo Derecho civil catalán en materia de fianza. Siguiendo la tónica general de la monografía, de modo sucinto se expone una referencia al Derecho histórico catalán, al Derecho de la ciudad de Barcelona, en concreto, al *Recognoverunt proceres*, en el que los fiadores gozaban del beneficio de división, aunque los fiadores renunciasen a la epístola del Emperador Adriano (I.3,20,4), salvo que hubiesen renunciado expresamente a lo dispuesto en el Cap. 9.º del *Recognoverunt proceres*.

Si nos situamos ya en el siglo XXI, en los Trabajos preparatorios del Libro Sexto del CCCat relativos a la obligación y contratos (2004), se partía de la responsabilidad solidaria de la pluralidad de fiadores que garantizaban una misma deuda, con la excepción de que se hubiese pactado el beneficio de

división. Adicionalmente, se proyectaba también la responsabilidad solidaria de deudor principal y fiador, salvo que mediase pacto del beneficio de excusión. En ambos casos se pretendía, en consecuencia, apostar por la eliminación del carácter legal de ambos beneficios (de división y de excusión), aunque sí permitía su pacto expreso. Ahora bien, la propia autora detecta una carencia de la propuesta: no revelaba ante qué tipo de pluralidad de fiadores nos encontraríamos (si cotitulares de la obligación subsidiaria de fianza o de fiadores independientes). Y esta falta de previsión, podría ser superada al modo previsto en el Marco Común de Referencia (DCFR). El instrumento de *soft law* remite en el supuesto de deuda conjunta con función de garantía a las reglas generales de pluralidad de deudores (IV. G.-1:104); y para el caso de diversidad de garantes independientes, apuesta por la responsabilidad solidaria frente al acreedor (IV. G-1:105).

V. Y para concluir esta recensión, considero oportunas unas breves palabras sobre la autora, la Dra. Ginebra Molins, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universitat de Barcelona. Para quienes la conozcan no le sorprenderá en absoluto que esta recensión se haya iniciado con una referencia a lo magistral del trabajo— incluso les bastará con tener conocimiento de la monografía al margen de estas páginas. Y no se trata de un halago fácil y de cortesía habitual en el ámbito doctrinal. Desde hace ya unos cuantos años —hasta donde puedo recordar, al menos desde 2014— he tenido la ocasión de seguir su trayectoria científica. Pese a que los temas de investigación que nos han unido desde entonces están bastante alejados del actual, el *modus operandi* de la autora es el mismo: agota hasta la extenuación las fuentes, bebiendo directamente de las originales aun cuando no sean de fácil acceso en la era digital, identifica y aísla los problemas jurídicos de la institución concreta y no teme a la hora de combinar una visión crítica con posibles soluciones. En definitiva, se trata de una investigadora rigurosa y concienzuda, cuya obra ahora recensionada está embebida de estas cualidades, presentando un innegable valor científico, y un potencial valor de transferencia —equivalente a su toma en consideración de cara a una futura regulación catalana en el Libro Sexto del CCCat e incluso, aunque no sea el objetivo declarado de la monografía, de una eventual reforma del CC.

Marta OTERO CRESPO

Profesora contratada doctora de Derecho civil  
Universidade de Santiago de Compostela

**RAMS ALBESA, Joaquín (dir.) LACRUZ BESCÓS, Jose Luis/VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego (Coord.): *La fe pública registral (Tratado de Derecho Civil, tomo X)*, Dykinson, Madrid, 2021, 604 pp.**

El tomo X del *Tratado de Derecho Civil* que nos ocupa forma parte de una extensa y completa obra de apoyo a la docencia del Derecho Civil de la que solamente se publicaron algunos tomos, y que por lo tanto resultó inacabada.

El tomo X a que se referirán estas líneas, fue dirigido por Joaquín Rams Albesa y ha sido coordinado por José Luis Lacruz Bescós, y por Diego Vigil de Quiñones Otero, lo que, como aclara la nota introductoria de que va precedido el texto, hace de él «un eslabón en la cadena de la tradición fundada por

José Luis Lacruz Berdejo», ya que el llorado Profesor Rams Albesa fue su discípulo directo, y ha tenido a su cargo no solo la dirección de la obra, sino también su notable y esclarecedor prólogo.

El autor de esta nota bibliográfica, no fue discípulo directo del maestro Lacruz Berdejo, aunque sí admirador y beneficiario de su obra manualística, los *Elementos de Derecho Civil*, en coautoría el Prof. Sancho Rebullida, y desde luego de su magnífico *Derecho Inmobiliario Registral*, en el que nos iniciábamos en la materia los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (como otros muchos), en las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo.

Pues bien, la obra que nos ocupa, como se desprende de su título, abarca junto al Derecho Inmobiliario registral otros aspectos del Derecho Registral, ya que trata de la fe pública registral más allá del Registro de la Propiedad, aunque sin pretender resultar exhaustiva respecto de todos los registros «más allá del Derecho civil» materia a la que se limita, lo que excluye aquellos que se insertan entre los temas propios del Derecho Mercantil y del Derecho Administrativo.

En cualquier caso, la obra se inicia con una primera parte dedicada a la fe pública en general, a cargo del reconocido hipotecarista Lino Rodríguez Otero, quien de modo muy didáctico, expone el concepto de fe pública y sus clases en el ordenamiento jurídico español, caracterizando sucesivamente la fe pública judicial, la fe pública notarial, la fe pública registral, y la fe pública administrativa. Como impone el título de la obra, este apartado trata en general de la fe pública, pero desarrolla con mayor extensión y pormenor la fe pública registral como objeto central de la obra.

La parte II titulada «El registro de personas», es obra de José Luis Lacruz Bescós, Registrador de la Propiedad y autor de varias publicaciones en materia de publicidad registral, que en un extenso trabajo de más de 90 páginas desarrolla lo relativo al Registro Civil, partiendo de los principios rectores del mismo (legalidad y publicidad especialmente), para contemplar a continuación su «factor humano», es decir el encargado del Registro, y su «factor material», las oficinas registrales (central, generales y consulares) así como su organización y sus medios, para llegar al estudio de la inscripción en general y de las distintas clases de inscripciones en particular, comenzando por la de nacimiento, que presenta aspectos muy novedosos en su procedimiento y en sus presupuestos de derecho material, dados los cambios legislativos en lo relativo a la filiación y a la identificación mediante el nombre y apellidos.

Continúa el autor desarrollando lo relativo a la inscripción del matrimonio, del régimen económico, y de sus respectivas vicisitudes, para a continuación estudiar la inscripción de la defunción, y otras inscripciones como las de la nacionalidad y la vecindad civil, la emancipación y el beneficio de la mayor edad, la patria potestad y sus modificaciones, y las modificaciones de la capacidad recientemente modificadas por la ley 8/2021 de 2 de junio.

En materia de publicidad formal, se estudia el acceso directo, y las certificaciones de diversas clases, para terminar con un estudio de los recursos, los procedimientos registrales, las declaraciones con simple valor de presunción y las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a la materia registral civil, así como la inscripción de documentos extranjeros.

Se trata de un compendio actualizado del que está muy necesitada la materia, por más que sean esperables todavía cambios ulteriores en mate-

ria tan inestable en la actualidad, pero que ofrece al lector una laudable y clara actualización.

La Parte III de la obra que nos ocupa se titula «El Registro de bienes: el Registro de la Propiedad, y comienza por un tratamiento introductorio cuyo encabezamiento es «El Derecho Inmobiliario registral», obra de D. Vigil de Quiñones Otero, Registrador de la Propiedad, y docente universitario en la materia así como autor de varias publicaciones, en la que se pasa revista al concepto, naturaleza, caracteres y contenido, función e historia de esta rama del Derecho que estudia la legislación hipotecaria desde sus orígenes.

Sigue a este capítulo otro titulado «Sistemas registrales en derecho comparado. La ubicación del Registro de la Propiedad Español en el derecho comparado. La organización del registro en España», a cargo de M. T. Touriñán Morandeira Registradora de la Propiedad y autora de varias obras en materia registral, que a lo largo del capítulo ofrece una muy completa visión histórica del Registro en España y de su inserción en el conjunto de sistemas vigentes en el mundo contemporáneo.

Seguidamente, un tercer capítulo se dedica un primer apartado al «Registro de la propiedad y la realidad física: la finca», realizado por J. Delgado Ramos, Registrador de la Propiedad y Notario, autor de numerosas publicaciones, que aborda el estudio desde las nociones de las nociones de folio real y finca registral, para adentrarse después en la identificación geográfica de las fincas y su georreferenciación, así como en la coordinación Catastro-Registro, y la interoperabilidad de la cartografía registral con otras cartografías oficiales.

Un segundo apartado titulado «La concordancia entre el Registro y la realidad física y jurídica extrarregistral», realizado por L. López Iglesias, Registrador de la Propiedad, y autor de varias publicaciones en la materia, que trata el tema indicado analizando los procedimientos orientados a lograr la concordancia. El primer tema estudiado es la inmatriculación de fincas, y los medios legalmente previstos a tal efecto. Sigue tratando las rectificaciones descriptivas, y la cuestión bien distinta de las diferencias de cabida, para terminar con el estudio de las modificaciones de las fincas por agrupación, división o segregación.

Un tercer apartado, del que es autor M. Matas Bendito, Registrador de la Propiedad, se titula «El urbanismo y el Registro de la Propiedad», con los siguientes epígrafes: «Evolución y marco legal», «Actos inscribibles», «Reparcelación y concentración parcelaria» e «Inscripción de edificaciones. División horizontal y complejos inmobiliarios», que explican su contenido.

El apartado cuarto, se titula «La materia inscribible y el valor de la inscripción», y su primer subapartado, obra del Registrador de la Propiedad I. González Hernández, comienza por estudiar los derechos y situaciones inscribibles, para seguir abordando el estudio de la titularidad registral, los requisitos e identificación de las personas titulares y la excepcionalidad con se acogen los patrimonios sin personalidad. Continúa este apartado con el estudio del principio de especialidad en cuanto a la finca, los titulares y los derechos inscritos, para concluir con la exposición los tipos de asientos registrales y sus respectivos efectos.

Su segundo subapartado se titula «La voluntad en el proceso de inscripción», apareciendo de nuevo como autor del mismo D. Vigil de Quiñones Otero, que partiendo de la voluntariedad de la inscripción, examina las excepciones de obligatoriedad de algunas inscripciones, así como las inscripciones de carácter constitutivo frente a las declarativas, así como el efec-

to cuasi-constitutivo que, unido al ingreso de la mayor parte de las fincas inscribibles por consecuencia de diversos procesos impulsados por la legislación agraria y urbanística del pasado siglo, podría justificar nuevos planteamientos. Estudia también el autor de este subapartado, la relación entre tradición e inscripción en la adquisición de los derechos reales, y la exigencia de causa para la inscripción, con la excepcionalidad consecuente del consentimiento formal.

El apartado V, titulado «Dinámica del Registro» comienza con un subapartado primero, obra del mismo D. Vigil de Quiñones Otero que versa sobre el procedimiento registral, los títulos inscribibles y el principio de rogación, y continúa con un segundo subapartado obra E. Rojo Iglesias, Registradora de la Propiedad, que trata del asiento de presentación y de los principios de prioridad y de rango hipotecario.

El subapartado tercero, a cargo de P. Pernas Ramírez, Registrador de la Propiedad, versa sobre el principio de tracto sucesivo, en sus vertientes material y formal, que tiene como excepciones los casos del llamado tracto abreviado, así como sus modalidades en los casos de representación y de elevación a público de contratos del causante por los herederos.

El apartado VI, bajo el título «Los recursos contra la calificación y sus efectos» es obra en su totalidad de R. Jiménez Rubio, Registrador de la Propiedad, y tras una introducción sobre el conjunto del sistema (calificación sustitutoria, recurso judicial y recurso gubernativo), estudia pormenorizadamente la calificación sustitutoria y el recurso gubernativo cuya resolución corresponde a la actualmente denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Seguidamente, el apartado VII titulado «La eficacia del Registro frente a terceros», se debe en lo atinente a eficacia defensiva contemplada en un primer subapartado, a J. Fenech Ramos, Registrador de la Propiedad, quien, partiendo de los principios de legitimación y fe pública registral como verdaderos pilares del sistema, estudia en primer lugar la eficacia defensiva derivada de las presunciones posesoria y de exactitud, así como de la ampliación «del alcance del principio de legitimación hasta los datos de hecho, y su proyección a los procesos, incluyendo la tercería registral cuando la finca esté inscrita a favor de persona distinta del deudor», y la efectación posesoria a través de la acción real registral.

El segundo subapartado, titulado «La eficacia ofensiva: legitimación y fe pública», se debe de nuevo a D. Vigil de Quiñones Otero, quien parte de estudio del principio publicidad en su doble significado de legitimación por una parte, y de oponibilidad y fe pública por otra, para estudiar clara y compendiosamente las teorías sobre el llamado tercero hipotecario y su adquisición de derechos reales, así como sus requisitos, para terminar por perfilar las excepciones a la fe pública registral y su ámbito de protección, así como la posible adquisición *a domino ex* artículo 1.473 del Código civil, para terminar con el estudio de la problemática que plantean las cargas legales.

El apartado VIII, bajo el título «La anotación preventiva» ha sido obra de E. Fernández Estevan, Registrador de la Propiedad quien estudia la anotación preventiva, su concepto y caracteres, para a continuación estudiar sus clases, su contenido, su práctica y posibles obstáculos, sus efectos, su duración y posible prórroga y su extinción por diversas causas. Por último, el autor dedica un apartado al estudio especial de las anotaciones de embargo (así como a las tercerías) y los efectos de su caducidad, y de demanda.

Continúa la obra el apartado IX, titulado «Rectificación de errores. Exactitud e inexactitud del registro. El expediente de liberación de cargas. La doble inmatriculación», obra de F. J. Gimeno Chocarro, Registrador de la Propiedad, quien comienza por tratar la inexactitud registral, para a continuación, estudiar sus causas y sus remedios, señaladamente la acción judicial de rectificación, y sus efectos. En cuanto a la rectificación de errores, una vez definida, se trata de su rectificación, que ha de ser a través de un nuevo asiento salvo que todavía no se haya firmado el asiento en cuyo caso es salvable, así como algunos supuestos especiales de rectificación.

El expediente de liberación de cargas se estudia a continuación, así como la cancelación de determinados derechos, cargas y gravámenes cuando no requiera la tramitación de expediente al efecto, de acuerdo con el artículo 210 de la Ley Hipotecaria o con el artículo 82.5.º del mismo texto legal.

Por último, estudia el autor citado la doble inmatriculación, su concepto, sus causas y sus efectos, así como el procedimiento para subsanar la doble o múltiple inmatriculación.

El apartado X y último, titulado «Publicidad formal», es también obra de F. J. Gimeno Chocarro, y comienza con un estudio del interés para instar tal publicidad en relación con la protección de datos de carácter personal por el Reglamento UE 2016/679, interés que debe ser conocido, legítimo y directo. Continúa el estudio con el tratamiento de los distintos medios de publicidad formal, es decir, la nota simple y la certificación, así como las clases de certificaciones y notas, aunque si quien consulta es autoridad, empleado o funcionario público por razón de su oficio o cargo, será posible al acceso telemático al contenido de los libros del Registro.

En fin, como puede deducirse del recorrido realizado por las tres partes de la obra que nos ocupa, se trata de un conjunto de trabajos cuya contemplación conjunta ofrece una exposición razonablemente compendiada, actualizada y bien sistematizada de la materia a que se contrae, es decir de la fe pública registral en sus aspectos atinentes al derecho civil, para cuya docencia ofrece un apoyo muy estimable, con posibilidad de ampliación y profundización en aspectos prácticos a través de la bibliografía que ofrece en algunos de sus apartados.

Se constituye así en un digno eslabón de esa tradición a que se alude en la nota introductoria, merecedor del agradecimiento de los docentes de derecho civil y en general del mundo académico.

José María DE LA CUESTA SÁENZ  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Burgos

## Revistas españolas

**Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Davinia CADENAS OSUNA (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Acreditada a Profesora contratada doctora. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla).**

SUMARIO: I. Derecho civil: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Responsabilidad civil. 5. Posesión. 6. Derechos reales. 7. Propiedad horizontal. 8. Propiedad intelectual. 9. Propiedad industrial. 10. Derecho inmobiliario registral. 11. Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico-matrimonial. 12. Patria potestad y filiación. 13. Derecho de sucesiones.–II. Derecho mercantil. 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil y títulos valores. 3. Derecho de seguros.–III. Derecho y nuevas tecnologías. Derecho digital.–IV. Derecho sanitario.–V. Derecho de los consumidores.–VI. Derecho urbanístico.–VII. Derecho del medio ambiente.–VIII. Resolución extrajudicial de conflictos.–IX. Derecho procesal.–X. Derecho de la Unión Europea.–XI. Derecho comparado.–XII. Pandemia y COVID-19.–XIII. Varia.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Crónica de un nuevo Derecho Civil para los animales: la ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales», en *RGLJ*, núm. 1, 2022.

DÍAZ ALABART, Silvia: «De los animales en el Código civil», en *RDP*, núm. 1, 2022.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Un nuevo estatuto jurídico para las mascotas: Familienmitglied», en *AC*, núm. 2, 2022.

ORELLANA CANO, Nuria A.: «La reforma del régimen jurídico de los animales: de “cosas” a “seres sintientes”», en *AC*, núm. 5, 2022.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «La voluntad fundacional como motor de su funcionamiento», en *AC*, núm. 5, 2022.

#### DERECHO DE LA PERSONA

ARGELICH COMELLES, Cristina: «Acceso a la vivienda para personas vulnerables, COVID-19, Ley 4/2022 y Real Decreto-ley 3/2022: suspensión de los lanzamientos y medidas estatales y autonómicas», en *AC*, núm. 3, 2022.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002). Medidas de apoyo a discapacitado

- de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 315-326.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra: «La discapacidad por enfermedad mental y la solidaridad como sistema de apoyo: de la gestión de negocios ajenos a la guarda de hecho.», en *RJC*, núm. 1, 2022.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes: «El nuevo marco civil de apoyo a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 669-713.
- CORTADA CORTIJO, Neus: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario y anticipatorio en el ejercicio de la capacidad jurídica: el poder preventivo», en *AC*, núm. 1, 2022.
- CUADRADO SOLER, Joan: «La adaptación del Código Civil de Cataluña a 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», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1166-1194.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Derecho a la propia imagen: la pretendida diferencia entre su dimensión constitucional y civil. Comentario a la STS, de 9 de marzo de 2021 (RJ 2021, 947)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 283-298.
- DÍAZ SENÉS, Juan Pedro: «¿Se puede evitar la desaparición de un apellido español?», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 345-348.
- DUPLÁ MARÍN, María Teresa: «Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva “capacidad jurídica” de las personas con discapacidad introducida por 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», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3768-3794.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 233-245.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María José: «Medidas de apoyo y seguimiento a las personas con discapacidad: La nueva Ley 8/2021, de 2 de junio», en *AC*, núm. 5, 2022.
- LÓPEZ, Pablo: «Duración del plazo de reflexión entre que se informa al paciente para prestar el consentimiento informado y se realiza el acto médico», en *AC*, núm. 2, 2022.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad con la Ley 8/2021», en *RDP*, núm. 6, 2021.
- MOREU CARBONELL, Elisa: «La regulación de los neuroderechos», en *RGLJ*, núm. 1, 2022.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel: «La configuración del derecho a la propia imagen y su delimitación frente a otros derechos: implicaciones de las tecnologías de la información», en *RDP*, núm. 1, 2022.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales», en *AC*, núm. 2, 2022.
- VALLS XUFRÉ, José María: «Present a Catalunya de l'exercici de la capacitat jurídica per a majors d'edat», en *RJC*, núm. 1, 2022.

- RDCP* OBLIGACIONES Y CONTRATOS  
Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
- RDCD* Revista de Derecho de la competencia
- ABAD LLORIA, Iván: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020 sobre la rebus sic stantibus», en *CDC*, núm. 74, 2020, pp. 225-248.
- RDC* Revista de Derecho Comunitario Europeo
- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Problemas prácticos de la tramitación de los créditos revolving a través de un juicio monitorio», en *AC*, núm. 1, 2022.
- RDM* Revista de Derecho Mercantil
- AGULLÓ AGULLÓ, Diego: «Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 183-231.
- RDS* Revista de Derecho de Sociedades
- ADONSO PÉREZ, María Teresa: «Derecho Urbanístico y Medio Ambiente de vivienda y tática reconducción. Comentario a la STS. de 31 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1359)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 373-392.
- REDE* Revista Española de Derecho Europeo
- AGUIRRESON, Miriam: «Comentario a la RDCSUEH de 11 de junio de 2021 (RJ 2021, 3454). Compraventa de inmueble con condición resolutoria en garantía del precio aplazado y pacto de retención de cantidades pagadas: la necesidad de previa llave en mano del Notario», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 141-162.
- RJC* Revista Jurídica de Catalunya
- RJN* Revista Jurídica del Notariado
- RJUM* Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia, y GRAMUNT FOMBUENA, Mariló: «Cap a un dret català conforme a les directives (UE) 2019/770 i 2019/771», en *Indret*, núm. 1, 2022, pp. 171-205.
- AZNAR DOMINGO, Antonio y HERNÁNDEZ GARCÍA, Pablo: «Los contratos atípicos: especial consideración al contrato de factoring y engineering», en *AC*, núm. 11, 2021.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Novación en alquiler sometido a *Indret*», en *Indret*, núm. 1, 2022, pp. 141-162.
- BLAU de 1964 y continuación de la prórroga forzosa. Comentario a la STS 190/2021, de 31 de marzo (RJ 2021, 1361)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 393-404.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario: «Régimen aplicable al desistimiento de un contrato de obra celebrado a distancia: ¿artículo 1594 CC o artículos 102 y siguientes TRLGDCU?. Comentario a la STS, de 14 de abril de 2021 (RJ 2021, 1707)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 405-422.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Régimen jurídico y efectos del pago o cumplimiento en la confianza: el derecho de reintegro entre cofiadores», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 505-568.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «La cláusula de renuncia a la reclamación de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula “suelo”», en *RDP*, núm. 6, 2021.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Comentario a STS (1.ª) 800/2021, 23 noviembre, ECLI: ES: TS:2021:4227 (JUR 2021, 363801). Documento visualizado Contrato consensual plural de préstamo erróneamente participativo, convertido en préstamo consensual común», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 327-344.
- CASTELLANOS RUIZ, María José: «Responsabilidad contractual o extracontractual en un contrato de “wet lease”. Comentario a la STS 646/2020, de 30 noviembre (RJ 2020, 4794)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 107-118.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Comentario a la STS (Sala de lo Civil) 578/2021, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021, 3655). Contratos internacionales con condición resolutoria: problemas de competencia judicial internacional y derecho aplicable», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 287-306.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «La renuncia a la moderación de la cláusula penal», en *AC*, núm. 1, 2022.

- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática procesal de la reclamación de actualización de rentas», en *AC*, núm. 11, 2021.
- «¿Tiene el okupa protección posesoria?», en *AC*, núm. 2, 2022.
- «Desahucios y cláusula penal», en *AC*, núm. 4, 2022.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, José María: «A vueltas con la interrupción de la prescripción vía reclamación extrajudicial en las acciones personales», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3795-3804.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, SEGURA MOREIRAS, Adrián, y SUÁREZ PUGA, Ernesto: «La subrogación del acreedor hipotecario a voluntad del deudor: ¿Un mercado de portabilidad fallido?», en *RDM*, núm. 322, 2021.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 554/2021, de 20 de julio de 2021 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) (RJ 2021, 3582). Sobre la abusividad de algunas cláusulas comunes en las condiciones generales de transporte aéreo de pasajeros», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 257-286.
- HERNÁNDEZ MENI, Ignacio: «La virtualidad de la cláusula de pago a primer requerimiento para definir la naturaleza de las garantías autónomas. La problemática de la calificación jurídica», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 125-159.
- INFANTE RUIZ, Francisco José, y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Contracts contrary to fundamental principles and mandatory rules of European Contract Law», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 1-56.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID 19 y estado de alarma (III)», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3834-3856.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 257-293.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «Dies a quo de la acción de anulación por error vicio y resolución por incumplimiento de compraventa con precio indeterminado», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 11-36.
- MALUMIÁN, Nicolás, y BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio: «¿Fideicomiso en España?: aportes a un debate a partir de la experiencia de Latinoamérica», en *AC*, núm. 2, 2022.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: «Comentario a la STS, 1.ª, de 5 de julio de 2021 (RJ 2021, 3266). Falta de moderación por razones de equidad de la pena por desistimiento unilateral en un contrato de arrendamiento», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 221-230.
- MARTÍNEZ CIMADEVILLA, Paloma: «Los vicios del consentimiento contractual de violencia e intimidación y la perspectiva de género», en *AC*, núm. 1, 2022.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «El contrato de fijación jurídica en el Ordenamiento español: Análisis de su situación actual», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 91-124.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «Presupuestos de la mora del acreedor», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1195-1240.
- PERARNAU MOYA, Joan: «Los arrendamientos y su afectación por la COVID-19. La cláusula de la solidaridad rebus sic stantibus como remedio», en *AC*, núm. 4, 2022.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Las consecuencias de la nulidad contractual por infracción del derecho de la competencia», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3857-3872.

- Rodríguez Elorrieta, Naiara: «Repaso a la figura de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 907-945.
- Sáenz de Jubera Higuera, Estación: «El valor del silencio como consentimiento contractual», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3805-3818.
- Sanchez Aristi, Rafael: «Abuso de derecho en contrato de apuesta. Comentario a la Sentencia núm. 37/2021 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 2021, (RJ 2021, 1246)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 299-318.
- Santillán San José, Rocío: «Derecho de Sociedad: entre el principio general de la temporalidad y la libertad de pactos. Comentario a la STS 129/2021, de 9 de marzo (RJ 2021, 1067)», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 65-80.
- Soré Feliú, Josep: «Prótesis de cadenera potencialmente peligrosa y defecto del producto ¿hacia una expansión de la noción de defecto? Comentario a la STS de 1 de marzo de 2021 (RJ 2021, 198)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 231-252.
- Tena Piazuolo, Isaac: «Falta de responsabilidad del franquiciador frente a terceros. Comentario a la STS 13/2021, de 23 de febrero (RJ 2021, 758)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 185-204.
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen: «Sobre la autonomía de la permuta. Especial referencia a la permuta de bienes con diferente valor y su posible confusión con la compraventa», en *RGD*, núm. 1, 2022.
- Vélez Toro, Antonio José: «La tutela judicial sobre la fianza arrendaticia: del juicio ordinario al verbal y al monitorio», en *AC*, núm. 11, 2021.
- Viedma Ansa, Marta: «La liberación del deudor en la cesión de créditos. El régimen navarro de la cesión de créditos tras su reforma por la Ley Foral 21/2019», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 133-182.
- Vivas Tesón, Inmaculada: «La nulidad del contrato por ilicitud de la causa: la relevancia jurídica de los motivos subjetivos de los contratantes. Comentario a la STS de 23 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1271)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 319-338.

## RESPONSABILIDAD CIVIL

- Arcos Vieira, María Luisa: «Responsabilidad por daños causados por el amianto. Comentario a la STS, Pleno, núm. 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021, 1641)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 339-364.
- Astray Chacón, María Pilar: «La actualización de las partidas resarcitorias en el sistema de valoración del daño corporal», en *AC*, núm. 5, 2022.
- Castellanos Ruiz, María José: «Responsabilidad contractual o extracontractual en un contrato de “wet lease”. Comentario a la STS 646/2020, de 30 noviembre (RJ 2020, 4794)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 107-118.
- Corral García, Eduardo: «El dieselgate: dos modos distintos de enfocar y resolver en España», en *PDD*, núm. 149, 2021.
- De Artíñano Marra, Pastora: «Responsabilidad civil de plataformas de mediación electrónica: dificultades en su determinación», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 569-586.
- Dueñas Martínez, Juan: «La declaración de imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1241-1261.

- LLAMAS POMBO, Eugenio: «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad», en *PDD*, núm. 149, 2021.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad civil causada por el daño colateral: ¿existe el “daño soportado”, “asumible” o “justificado”?», en *AC*, núm. 3, 2022.
- «Las consecuencias civiles del “daño irreversible” en sucesos ajenos a la circulación», en *PDD*, núm. 149, 2021.
- MONTERROSO CASADO, Esther: «Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3819-3833.
- PARDO PRADO, Silvia: «La responsabilidad «digital» de la inteligencia artificial», en *PDD*, núm. 149, 2021.
- TORRES MARCO, Mercedes: «¿Es la ocultación de la paternidad biológica un daño indemnizable?», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 440-447.

### POSESIÓN

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La liquidación del estado posesorio del poseedor de mala fe: los frutos y gastos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2021 (JUR 2021, 341405)», en *RaPat*, núm. 57, 2022.

### DERECHOS REALES

- BONACHERA VILLEGAS, Raquel: «La infracción del Código de Buenas Prácticas establecido por el Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios: la STS de 27 de enero de 2022, y vías de protección del deudor», en *AC*, núm. 5, 2022.
- CARPI MARTÍN, Rebeca: «La tasación de inmuebles hipotecados: el sistema español en el contexto europeo», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 227-255.
- FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VI): principios consecuencia de la inscripción: la oponibilidad y la prioridad registral gráfica», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3499-3550.
- FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «La indirecta protección de los derechos habitacionales en el convenio europeo de derechos humanos», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3753-3767.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián, y CAMPO CANDELAS, Jesús: «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3443-3495.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, SEGURA MOREIRAS, Adrián, y SUÁREZ PUGA, Ernesto: «La subrogación del acreedor hipotecario a voluntad del deudor: ¿Un mercado de portabilidad fallido?», en *RDM*, núm. 322, 2021.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Comentario a la STS de 23 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1299). Sobre el ejercicio de nulidad de títulos de dominio como requisito previo al ejercicio de la acción reivindicatoria y las condiciones de ejercicio previo de la acción de saneamiento por evicción», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 113-132.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, Briseida Sofía: «La hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad industrial», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 13-53.



## DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ANDERSON, Miriam: «Comentario a la RDGSJFP de 11 de mayo de 2021 (RJ 2021, 3454). Compraventa de inmueble con condición resolutoria en garantía del precio aplazado y pacto de retención de cantidades pagadas: la necesidad de prever la consignación para inscribir la transmisión», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 141-162.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario a la RDGSJFP, de 25 de mayo (RJ 2021, 3472). Inscripción registral de derechos de aprovechamiento urbanístico y de opción de compra: exigencias derivadas del principio de especialidad registral», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 163-184.
- FABRE LAFUENTE, Iván: «El tratamiento de la doble inmatriculación en la actual normativa hipotecaria española: nuevas perspectivas: la coordinación Catastro-Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3305-3368.
- FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (VI): principios consecuencia de la inscripción: la oponibilidad y la prioridad registral gráfica», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3499-3550.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Cláusulas estatutarias anti perro», en *AC*, núm. 5, 2022.
- GÓMEZ PERALS, Miguel: «Panorama de la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro Inmobiliario y su posible reflejo reglamentario», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 845-904.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La derogación de la suspensión de efectos de la fe pública registral: a propósito del artículo 28 LH», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 478-490.
- «Sistema registral y blockchain», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1154-1165.
- LASO BAEZA, Vicente: «Innecesariedad de la aportación de la escritura de constitución de la junta de compensación para la inscripción del proyecto de reparcelación y modificación del título reparcelatorio», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1293-1302.
- MATEO, Íñigo: «Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador (Primera parte)», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 55-111.
- «Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador (Segunda parte)», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 751-813.
- PALOMARES BRAVO, Jesús: «Las prohibiciones de disponer legales, judiciales y administrativas. Función e inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RdPat*, núm. 57, 2022.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO  
Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

- ARRÉBOLA BLANCO, Adrián: «La compensación del trabajo doméstico en el régimen navarro de separación de bienes: el antes y el después de la modificación y actualización del fuero nuevo», en *RDP*, núm. 1, 2022.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La responsabilidad por deudas contraídas por los cónyuges en el régimen económico de separación de bienes», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3690-3752.

- «La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1082-1153.
- CALZADILLA MEDINA, María Inés: «La compensación por desequilibrio económico tras la liquidación matrimonial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 807/2021 de 23 de noviembre (JUR 2021, 364616) y 810/2021 de 25 de noviembre (JUR 2021, 362128)», en *RdPat*, núm. 17 de 2022, *Revista de Derecho Mercantil*
- FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, y GAGO SIMARRO, Clara: «Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3369-3410, *Revista de Derecho Privado*
- GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena: «Posibilidades de atribución de la vivienda familiar ocupada gratuitamente y de titularidad ajena», en *AC*, núm. 2, 2022, *Revista Española de Derecho Europeo*
- HUAS CID, E.: «Ganancia de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 301-312, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*
- LAMARCA MARQUÈS, Albert: «La responsabilidad por deudas en el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Ejercicio de la potestad doméstica y necesidades ordinarias de la familia. Comentario a la STS de 4 de febrero de 2021 (RJ 2021, 365)», en *AC*, núm. 11, 2021, pp. 155-184, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Régimen de la litispendencia con terceros Estados: algunas reflexiones en materia de crisis matrimoniales», en *RGLJ*, núm. 4, 2021, *Revistas que se citan sin abreviar*
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Atribución del uso de la vivienda familiar arrendada por persona jurídica Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 568/2020 de 28 octubre (RJ 2020, 3837)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 37-60, [www.indret.com](http://www.indret.com)
- SALIDO LÓPEZ, María Mercedes: «Vigencia y valor de la promesa de matrimonio en el derecho español», en *AC*, núm. 4, 2022.
- SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina: «La incidencia del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el régimen de sociedad de gananciales: a propósito de la Ley 8/2021, de 2 de junio», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 815-841.
- VARELA GIL, Carlos: «El Incumplimiento de los deberes conyugales y la pensión compensatoria», en *Indret*, núm. 1, 2022, pp. 86-128.
- VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: «Animales y crisis de pareja. el régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita», en *AC*, núm. 11, 2021.

## PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- BUENO BIOT, Álvaro: «La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos», en *AC*, núm. 3, 2022.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Alimentos en hijos mayores de edad. Artículo 93.2 Código Civil», en *AC*, núm. 4, 2022.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3679-3689.
- «La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 421-439.

- «El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad: (art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1065-1081.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Incidencia de la convivencia marital en la vivienda familiar sobre el derecho de uso atribuido por razón de la guarda de los hijos: Interés superior del menor e implicaciones de género», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 1-46.
- FLORES MARTÍN, Jackeline: «El pago de alimentos a hijos: ampliación del «petitum» de la demanda, sobre la estancia paritaria y la desproporción de ingresos de los progenitores. Comentario a la STS Civil núm. 656/2021, de 4 de octubre (RJ 2021,4459)», en *RdPat*, núm. 57, 2022.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «El tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España a debate», en *AC*, núm. 3, 2022.
- MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo: «Maternidad subrogada: ni posesión de estado, ni negación de efectos. Adopción», en *AC*, núm. 5, 2022.
- TORRES MARCO, Mercedes: «¿Es la ocultación de la paternidad biológica un daño indemnizable?», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 440-447.

## DERECHO DE SUCESIONES

- ALFARO GUILLÉN, Yanet: «Apuntes sobre el Régimen jurídico del Derecho al complemento de la legítima. Lectura del Código civil Cubano», en *RDP*, núm. 6, 2021.
- AÑÓN CALVETE, Juan: «Demanda contra herencia yacente y desconocidos herederos. Comentario de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, de 9 de septiembre de 2021», en *AC*, núm. 11, 2021.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «Reforma civil en materia testamentaria para el apoyo a personas con discapacidad», en *RdPat*, núm. 57, 2022.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Comentario a la Resolución de 12 de julio de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (RJ 2021, 4760). Aprobación de cuaderno particional realizado por contador partidor dativo», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 231-256.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: «Fundamentos jurídicos del maltrato psicológico «ex iusta causa» para desheredar en la reciente doctrina jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 491-504.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «¿Cómo debe interpretarse una sustitución vulgar en favor de los descendientes “por estirpes”?», en *RdPat*, núm. 57, 2022.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Comentario a la STS de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1186). El error de consentimiento en la aceptación tácita de la herencia por deudas imprevistas», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 81-112.

## DERECHO MERCANTIL

### DERECHO DE SOCIEDADES

- BATALLER GRAU, Juan: «Desmontando tópicos sobre la responsabilidad social de la empresa», en *RDM*, núm. 323, 2022.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La tecnología en la constitución y el funcionamiento de las sociedades de capital españolas», en *CDC*, núm. 76, 2021, pp. 17-58.

- CABANAS TREJO, Ricardo: «La fusión transfronteriza en la Directiva Europea 2019/2121 y su posible repercusión en la Ley española de Modificaciones Estructurales», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 301-312.
- CAMPIS VARGAS, Aurora: «Hardcoreción de operaciones vinculadas intragrupo en sociedades de capital no cotizadas. Derecho especial de grupos “ma non troppo”», en *RDM*, núm. 322, 2021.
- El caso del administrador en operaciones vinculadas. Votar o no votar. Esa es la cuestión», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- CLEMENTE, Víctor: «Efectos de estimar la impugnación de acuerdos sociales de no reparto de beneficios a propósito de la Sentencia de la Audiencia de Barcelona, de 30 de noviembre de 2020», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- CONTRERAS DE LA ROSA, Isabel: «Lealtad del socio en las sociedades cotizadas. El voto adicional en el marco de las “Fidelity Shares”», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- DEL VAL TALENS, Paula: «Los acuerdos de liquidación de la Junta general», en *RDM*, núm. 323, 2022.
- DÍAZ FRAILE Y DEL MONTE, Cristina: «Protocolos familiares: un acuerdo de distribución de capital», en *Revista Jurídica de Catalunya*.
- De distribución de capital a la luz de la prohibición de disponer (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020)», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 313-323.
- EGEA PÉREZ-CARASA, Íñigo: «Tratamiento contable de las criptodivisas y su impacto en el Impuesto sobre Sociedades», en *CDC*, núm. 74, 2020, pp. 89-160.
- FARIAS BATLLER, M. JOSÉ, PÉREZ BARRAL, JOSÉ ANTONIO: «Tecnologías de registro distribuido (DLT): una aproximación a su tipología y funcionalidad en relación con las sociedades cerradas», en *CDC*, núm. 76, 2021, pp. 77-127.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORRENZO MÉRIZON, Javier: «Sobre la legitimación del titular de un derivado sobre acciones para la impugnación de acuerdos sociales», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- GONZÁLEZ ARJONA, Susana: «La extensión del conflicto de interés en supuestos de sociedades unipersonales con la condición de socio, al hilo de la STS 1859/2021, de 13 de mayo de 2021», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- HIJAS CID, E.: «Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 301-312.
- KINDLER, Peter, y JOBST, Simon: «Constitución de sociedad e identificación electrónica: el Company Law Package y su aplicación en los ordenamientos alemán e italiano», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 13-36.
- LARGO GIL, Rita: «El deber de abstención de los administradores durante el período intermedio de una fusión de sociedades», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- LÓPEZ CURBELO, Jorge, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás: «Análisis crítico del régimen jurídico del ejercicio del derecho de información en las sociedades anónimas no cotizadas con ocasión de la Junta», en *RDM*, núm. 323, 2022.
- LORENZO CAMACHO, María Salomé: «El objeto social mixto en la sociedad profesional “stricto sensu” (comentario de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 14 de junio de 2021)», en *RDM*, núm. 323, 2022.
- MARTÍNEZ CAPPA, Emilio: «Sobre el deber de lealtad en el caso de conflicto permanente y la lista numerus clausus de personas vinculadas al administrador. Eficacia de los pactos parasociales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5282)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 79-106.

- MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús, y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel: «La prohibición de asistencia financiera en sociedades no cotizadas», en *CDC*, núm. 74, 2020, pp. 263-300.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La separación de los socios de las sociedades de capital como operación societaria», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- MURILLO VILLAR, Henar: «¿Sociedad unipersonal, “societas unius personae” o “quasi societas”?», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3553-3580.
- NOVAL PATO, Jorge: «La sostenibilidad en un contexto de primacía del accionista», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- NÚÑEZ LAGOS TORRALBA, Jorge: «Las «acciones de lealtad»: origen, funcionalidad y régimen jurídico», en *CDC*, núm. 75, 2021, pp. 113-171.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: «La ejecución de la prenda de derechos sociales. Nuevas alternativas», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 35-102.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido, y JORDANO LUNA, Martín: «El perímetro de vinculación», en *RDS*, núm. 64, 2022.
- PRETEL, Juan José: «La autocontratación en relación con las sociedades mercantiles», en *CDC*, núm. 76, 2021, pp. 129-143.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «El ejercicio del derecho de separación ex artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de febrero de 2021 (Ponente Excmo. Sr. Don Pedro José Vela Torres)», en *CDC*, núm. 76, 2021, pp. 145-162.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1280-1292.
- ROMERO CARRILLO DE MENDOZA, Alfonso: «Derecho de separación: ¿en qué momento deja el socio de serlo frente a la sociedad y frente a los terceros? Visión crítica de la sentencia del Tribunal Supremo 4/2021, de 15 de enero», en *CDC*, núm. 75, 2021, pp. 187-198.
- SÁEZ LACAVE, María Isabel: «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», en *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 1-85.
- SÁNCHEZ TENAJAS, Clara: «La oponibilidad o no frente a terceros de las limitaciones a las facultades del consejero delegado», en *CDC*, núm. 75, 2021, pp. 199-207.
- SEGURA DE LASSALETTA, Raimundo y VERGONI, Jordi: «La fecha de efectos de la separación y la exclusión de socios», en *RJC*, núm. 4, 2021.

## DERECHO CONCURSAL

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Comentario a la STS, de 12 de noviembre (RJ 4196). La legitimación del socio cotitular de participaciones sociales «pro indiviso» para reclamar el cobro de los dividendos acordados», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 11-36.
- ARRANZ PUMAR, Gregorio: «Aspectos concursales en el régimen legal de los bonos garantizados», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 207-232.
- BOBOC, Silvia: «La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a los acuerdos de refinanciación (comentario al auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Oviedo, de 17 de noviembre de 2021)», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 357-374.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La reducción de la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido derivada del impacto total o parcial por el precio

- por declaración del deudor en concurso de acreedores (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021)», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 309-326.
- CASTILLO FELIPE, Rafael y SISTRIBUOÍO TOMÁS, Tomás: «La naturaleza y el tratamiento procesal del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en la ejecución singular», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 83-100.
- MORENO, Alberto: «Concurso Mercantil: propuesta alternativa dirigida solo a los acreedores subordinados (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 367/2021 [1.ª] de 27 de mayo de 2021)», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 251-282.
- GARGES HUETE, José Carlos: «La “recomposición” jurisprudencial del concepto de grupo societario a los efectos del reconocimiento de créditos en el concurso de acreedores. Comentario a la STS de 2 de marzo de 2021 (RJ 2021, 920)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 253-282.
- MAIA LYCKOWSKA, Karolina: «Compensación de créditos precedida por la cesión de créditos intragrupo para disminuir el saldo acreedor de la cesionaria frente a la deudora», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 117, 2021, pp. 365-372.
- : «Comentario a la STS de 27 de julio 2021 (RJ 2021, 3665): La oponibilidad del convenio concursal a los fiadores reales y el carácter dispositivo del plazo del art. 322 CCom para la ejecución de la prenda de acciones», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 307-314.
- MARTÍNEZ SANZ, María: «Transmisión de inmuebles en concurso: ¿hasta dónde alcanza el deber del comprador de asumir los impuestos sobre bienes inmuebles pendientes?», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 83-100.
- : «Las cuentas anuales en la fase de liquidación concursal (Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña, de 5 de julio de 2021)», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 301-308.
- MORENO LISO, Lourdes: «La efectividad del derecho de separación y la calificación del crédito de reembolso en el concurso de acreedores. Comentario a las STS núm. 4/2021, de 15 de enero (RJ 2021, 3)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 119-138.
- MORRAL SOLDEVILLA, Ramón: «Cese y nombramiento de administradores de sociedades de capital durante la liquidación concursal», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 9-44.
- PALAO UCEDA, Juan: «La institución del concurso de acreedores y la realización de la justicia: un análisis histórico-jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 587-603.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores», en *RDM*, núm. 323, 2022.
- REBOLLO DÍAZ, Pedro: «Los honorarios de la administración concursal: su fijación, eventual modificación y ejecución», en *AC*, núm. 1, 2022.
- RIBAS URBINA, Roberto: «Enajenación de la unidad productiva y pre-pack en el proyectado procedimiento especial para microempresas», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 121-146.
- ROLDÁN SANTIAS, Francisco: «Las empresas ante la pandemia: soluciones preconcursales y concursales para los casos de insolvencia», en *CDC*, núm. 74, 2020, pp. 161-172.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «La jurisprudencia sobre el ejercicio de la compensación en el concurso: compensación de créditos no incluidos en la lista de acreedores», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1262-1279.

- SÁNCHEZ POS, María Victoria: «Posibilidad de oponer ante el juez de primera instancia la compensación del demandado *in bonis* al actor concursado. Comentario a la STS de 13 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2373)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 431-448.
- SANCHO MARTÍNEZ, Laura: «La reserva de dominio mobiliaria en el sistema concursal español», en *RDM*, núm. 322, 2021.
- THOMAS PUIG, Petra María: «El Anteproyecto de Ley de 21 de julio de 2021: otra oportunidad perdida para salvar empresas viables y reinsertar insolventes», en *RDM*, núm. 322, 2021.
- «Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 45-80.
- «Ejecución y compensación de oficio de los créditos contra la masa (Jurisprudencia del Tribunal Supremo y criterio propuesto por el Tribunal Económico Administrativo Central. Resolución de 18 de octubre de 2021)», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 327-356.
- TORRES RUIZ, Salvador: «Acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal», en *CDC*, núm. 74, 2020, pp. 173-224.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María: «La liquidación de sociedades de capital canceladas registralmente por finalización del concurso con bienes de escaso valor o de onerosa enajenación (Comentario de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de octubre 2021)», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 283-300.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana», en *ADCon*, núm. 56, 2022, pp. 149-202.

## DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Alcance de la política monetaria de expansión cuantitativa implementada por el BCE para afrontar las consecuencias derivadas de la pandemia de la COVID-19», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 173-204.
- CASTILLO GARCÍA, Mariano: «Regulación del abuso de mercado y «tokens Economics»», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 223-248.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis: «El consejero dominical: bases para el desarrollo y concreción pendiente de su estatuto y régimen jurídico», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 131-172.
- COSTA NINOT, Juan Enrique: «Eventual abusividad del IRPH-Cajas: una visión crítica de las distintas tesis mantenidas», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 187-212.
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «Discapacidad y derecho de acceso al mercado financiero del crédito tras la reforma del Código Civil: impacto en la prevención del sobreendeudamiento», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 309-344.
- GÁLLEGO LANAU, María: «La protección del cliente bancario en la evaluación de solvencia mediante inteligencia artificial», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 95-124.
- GARCÍA HERNANDO, Jesús Antonio: «OPS BANKIA 2011: dos «batallas judiciales» sobre un mismo hecho con distintos resultados», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 317-372.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «La Comisión de Sostenibilidad del Consejo de Administración», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 205-238.

- GILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «La legalidad del IRPH: pasado y presente», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 715-749.
- GILARTE SÁNCHEZ CALERO, Juan: «Derecho de depósito compatible y responsabilidad por deudas sociales», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 285-316.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «Acciones indemnizatorias por la manipulación de los índices de interés en hipotecas referenciadas al EURIBOR», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 207-211.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «La STJUE, C-156/15, Private Equity Insurance Group, SIA y «Swedbank» AS y sus implicaciones para la constitución de garantías financieras», en *RCDI*, núm. 76, 2021, pp. 163-184.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «Algunos problemas en torno al ejercicio del derecho de información en la junta de accionistas», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 63-94.
- MIGUÍAS LÓPEZ, Javier: «Tendencias normativas para un gobierno corporativo sostenible a través del propósito empresarial», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 11-60.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «La Tasa Anual Equivalente en los contratos de crédito inmobiliario», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 163-222.
- PÉREZ GUERRA, Carmen: «Sobre la legitimación de los inversores cualificados para exigir responsabilidad por inexactitudes en el contenido del folleto informativo», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 345-374.
- PILEÑO MARTÍNEZ, María del Carmen: «El órgano de cumplimiento o compliance officer: figura clave en la organización empresarial», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 239-308.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Legitimación activa y titulación: ¿cotitularidad fiduciaria?», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 619-633.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Notas sobre arrendamientos de cajas de seguridad», en *RGLJ*, núm. 4, 2021.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «El folleto informativo de las emisiones y O. P. Vs. Responsabilidades civiles y sistema de control público», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 61-130.
- SALAS SÁNCHEZ, Begoña *et al.*: «Una mirada a las estructuras de «Project Finance»», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 249-284.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «El nuevo mercado de bonos garantizados. Su regulación por el Real Decreto-ley 24/2021», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 11-62.

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

- BUSTILLO SAIZ, María del Mar: «La compatibilidad con la Directiva de servicios de la normativa nacional que somete el alquiler de VUT a autorización administrativa previa. A propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2020. Asuntos acumulados C-724/18 (Cali Apartments SCI) y C-727/18 (HX) y, por extensión, de las SSTs de 19 de noviembre de 2020, de 26 de enero de 2021 y, en parte, de 2 de junio de 2021», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- DE ELIZALDE IBARBIA, Francisco: «La Directiva 2019\2161, de Modernización del Derecho de Consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la

- estandarización del derecho privado de la Unión Europea?», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 47-89.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa: «La publicidad encubierta a través de influencers: la urgencia de una regulación», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- MARCOS, Francisco: «Costas, estimación judicial del daño y responsabilidad solidaria entre partícipes de un cártel: la cuestión prejudicial C-312/21 del juzgado mercantil 3 de Valencia sobre los daños causados por el cartel de camiones», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- MASSAGUER FUENTES, José: «Sobrecostes soportados y sobrecostes repercutidos. Una contribución a la teoría de la responsabilidad civil indemnizatoria derivada de las infracciones del Derecho de defensa de la competencia», en *RDM*, núm. 322, 2021.
- PASTRANA ESPÁRRAGA, María: «Contrato de explotación de estación de servicio y Derecho de la competencia. Comentario a la STS, de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4286)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 61-78.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «Cláusulas de no competencia post-contratual en contratos de trabajo y Derecho de la competencia», en *RdPat*, núm. 57, 2022.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Las consecuencias de la nulidad contractual por infracción del derecho de la competencia», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3857-3872.
- ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María: «El influencer que publica vídeos online (vlogger) y las plataformas de intercambio de vídeos como nuevos operadores en el mercado del sector audiovisual: análisis y efectos de las recientes reformas normativas y consideraciones de la CNMC al respecto», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Imputación por pertenencia a una entidad económica, fundada en el concepto funcionalmente unitario de empresa polycorporativa de los artículos 101 y 102 TFUE», en *RDCD*, núm. 29, 2021.
- TUDOR, Elena Cristina: «Las prácticas anticompetitivas en las plataformas digitales: Una especial referencia a la «Digital Markets Act»», en *CDC*, núm. 76, 2021, pp. 59-76.

## DERECHO DE SEGUROS

- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Documento visualizado Libertad de elección de abogado, límites de cobertura y garantía de los derechos del asegurado. Comentario a las STS, de 24 de febrero de 2021 (RJ 2021, 445)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 205-230.
- MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, Pablo: «Desiguales reformas en materia de responsabilidad de administradores: altos directivos, consejeros públicos y consejeros de entidades aseguradoras», en *RDM*, núm. 322, 2021.
- MONTERROSO CASADO, Esther: «Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3819-3833.

## DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

- BUENO DE MATA, Federico: «Juicios orales telemáticos y eficiencia digital», en *RDNT*, núm. 58, 2022.

- CALVO SÁNCHEZ, Luis: «Procedimientos administrativos electrónicos y Colegios Profesionales», en *RDNT*, núm. 57, 2021.
- CANÓ VÉRGEZ, Juan: «La evolución de los procedimientos de los Bancos Centrales: situación actual y perspectivas de futuro», en *RDNT*, núm. 58, 2022.
- CRUZ ÁNGELES, Jonatán: «El diseño de perfiles algorítmicos para la gestión y protección de fronteras europeas: ¿una nueva forma de discriminación?», en *RDNT*, núm. 57, 2021.
- DE ARTIÑANO MARRA, Pastora: «Responsabilidad civil de plataformas de mediación electrónica: dificultades en su determinación», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 589-586.
- EGUA PÉREZ-CARASA, Iñigo: «El Proyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales en España: análisis de una medida unilateral transitoria y de sus efectos», en *Revista Española de Derecho Económico*, pp. 117-186.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El ecosistema de plataformas intermediarias de la resolución de litigios en línea (ODR) hacia dónde vamos tras la COVID-19?», en *CDC*, núm. 74, 2020, pp. 17-44.
- FARIAS BATLLE, Mercedes y PÉREZ BASTIDA, José Antonio: «Tecnologías de registro distribuido (DLT) y su aplicación a las sociedades cerradas», en *RDNT*, núm. 76, 2021, pp. 77-127.
- FLAQUER RIUTORT, Juan: «El papel de los alertadores fiables en la detección de contenidos ilícitos en la red», en *RDNT*, núm. 58, 2022.
- GÁLLEGO LANZALUZA, María: «La protección del cliente bancario en la evaluación de solvencia mediante inteligencia artificial», en *RDBB*, año 41, núm. 165, 2022, pp. 95-124.
- GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «Ley aplicable a la calificación del contenido del sitio web como oferta», en *RDNT*, núm. 57, 2021.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Sistema registral y blockchain», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1154-1165.
- JÁÑEZ FRANCO, Raquel, y RODRÍGUEZ BARDAL, Máximo: «A vueltas con la denominada cualidad integral de la interoperabilidad en las relaciones administrativas electrónicas a la luz de la LPACAP y de la LRJSP», en *RDNT*, núm. 57, 2021.
- MICÓ GINER, Javier: «El poder inadmisibile en el ámbito judicial, notarial y registral: el apoderamiento electrónico del artículo 41 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 213-222.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Comentario a la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-762/19, CV-Online Latvia SIA contra Melons SIA (TJCE 2021, 142). Agregadores de contenido de internet y derecho *sui generis* sobre bases de datos», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 185-202.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Comentario a la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-762/19, CV-Online Latvia SIA contra Melons SIA (TJCE 2021, 142). Agregadores de contenido de internet y derecho *sui generis* sobre bases de datos», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 203-220.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel: «La configuración del derecho a la propia imagen y su delimitación frente a otros derechos: implicaciones de las tecnologías de la información», en *RDP*, núm. 1, 2022.
- PARDO PRADO, Silvia: «Digitalización y derecho de consumo», en *AC*, núm. 1, 2022.
- «La responsabilidad «digital» de la inteligencia artificial», en *PDD*, núm. 149, 2021.

- RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco: «Irrupción de las nuevas tecnologías en el Derecho Administrativo Deportivo: cuestiones de interés en materia de derechos fundamentales», en *RDNT*, núm. 57, 2021
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los “gatekeepers” GAFA», en *RDNT*, núm. 57, 2021.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo (1)», en *AC*, núm. 3, 2022.
- SANCHO LÓPEZ, Marina: «Los «big data» genéticos y sus límites legales. Especial mención a la investigación con datos genéticos y la crisis del COVID-19», en *RDNT*, núm. 57, 2021.
- CRISTINA TUDOR, Elena: «Las prácticas anticompetitivas en las plataformas digitales: Una especial referencia a la “Digital Markets Act”», en *CDC*, núm. 76, 2021, pp. 59-76.
- VILA LOZANO, Jorge: «Protección de datos en el ciberespacio de la Unión Europea: control de contenidos y perfilaciones digitales», en *RDNT*, núm. 58, 2022.

## DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

- CRESPO MORA, María Carmen: «El deber de información del abogado: cuestiones prácticas a la luz de la última jurisprudencia», en *RJC*, núm. 4, 2021.
- CRISTINA TUDOR, Elena: «La condición de consumidor de un familiar-fidador en contrato de financiación de empresa familiar. Delimitación conceptual y efectos jurídicos», en *RDP*, núm. 6, 2021.
- DE ELIZALDE IBARBIA, Francisco: «La Directiva 2019\2161, de Modernización del Derecho de Consumo, por la que se conceden remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del derecho privado de la Unión Europea?», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 47-89.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: «Comentario a la STS de 13 de abril (RJ 2021, 1710). El estatuto de consumidor de las comunidades de propietarios», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 133-140.
- 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», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 161-226.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 554/2021, de 20 de julio de 2021 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) (RJ 2021, 3582). Sobre la abusividad de algunas cláusulas comunes en las condiciones generales de transporte aéreo de pasajeros», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 257-286.
- LINARES GUTIÉRREZ, Antonio: «La renuncia a la moderación de la cláusula penal», en *AC*, núm. 2, 2022.
- LÓPEZ GIL, Milagros: «El principio *tantum appellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE», en *AC*, núm. 5, 2022.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Los datos personales como contraprestación en la legislación de consumo (1)», en *AC*, núm. 3, 2022.

- RDCP* **DERECHO URBANÍSTICO** Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
- RDCD* Revista de Derecho de la competencia
- BLÁZQUEZ ALONSO, Noemí: «El uso de la vivienda asequible y las medidas encaminadas a su cumplimiento», en *RDU*, núm. 348, 2021.
- RDCFE* Revista de Derecho Comunitario Europeo
- CABEZA ESCOBAR, Juan Manuel: «Algunas consideraciones jurídicas sobre los deberes de reserva de suelo de vivienda protegida en la legislación urbanística a la luz de la jurisprudencia más reciente», en *RDU*, núm. 351, 2022.
- RDM* Revista de Derecho Mercantil
- RDP* Revista de Derecho Privado
- DES* **Revista de Derecho de Sociedades**
- SANTIAGO RODRÍGUEZ CHONZA, Isabel: «Las dificultades de aplicación práctica de los criterios legales para la clasificación o consideración del suelo como urbano: un repaso a los enfoques convencionales de la inscripción de los planes de ordenación y las normas subsidiarias provinciales de la España vacía», en *RDU*, núm. 349, 2021.
- RDE* **Revista Española de Derecho Administrativo**
- ENTRENA RUIZ, Daniel Bruno: «Evolución de la implantación de instalaciones de suministro de combustible: régimen sectorial y coordinación administrativa», en *RDU*, núm. 348, 2021.
- RJN* **Revista Jurídica del Notariado**
- FLORES DOMÍNGUEZ, Luis Enrique: «Una reflexión sobre los fines de las entidades urbanísticas de conservación», en *RDU*, núm. 350, 2021.
- RJUAM* **Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid**
- FRANCO ESCOBAR, Susana Eva: «Las obras, usos y actuaciones exentas de licencia urbanística», en *RDU*, núm. 349, 2021.
- GALICIA MANGAS, Francisco Javier: «Licencias provisionales o en precario en el ámbito urbanístico», en *RDU*, núm. 350, 2021.
- REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABBREVIAR**
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «Relaciones administrativas intersubjetivas en materia de urbanismo», en *RDU*, núm. 350, 2021.
- ImDre* **www.imdre.com**
- «El régimen jurídico administrativo del paisaje urbano: reflexiones de derecho estatal autonómico (Parte I)», en *RDU*, núm. 352, 2022.
- GARCÍA TERUEL, Rosa María, y NASARRE AZNAR, Sergio: «Quince años sin solución para la vivienda: la innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 183-223.
- GONZÁLEZ CABALLERO, Jesús Carlos: «El potencial de la figura de la empresa financiadora de obras de urbanización», en *RUE*, núm. 47, 2021.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Definición de la unidad de ejecución y de las fincas de origen y de resultado en los proyectos de reparcelación tras la Ley 13/2015», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 634-646.
- LASO BAEZA, Vicente: «El marco regulador de la reparcelación desde la perspectiva de la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3873-3885.
- «Innecesidad de la aportación de la escritura de constitución de la junta de compensación para la inscripción del proyecto de reparcelación y modificación del título reparcelatorio», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1293-1302.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando: «Retos jurídicos de la integración de los drones en la ciudad», en *RDU*, núm. 351, 2022.
- MORENO GARCÍA, Javier: «El régimen jurídico del País Vasco ante las viviendas deshabitadas», en *RUE*, núm. 47, 2021.
- NARBÓN FERNÁNDEZ, Julia: «El restablecimiento de la legalidad urbanística: historia de un fracaso», en *RDU*, núm. 349, 2021.
- ORTIZ BALLESTER, Josep y DE LA TORRE VERA, Francisco Javier: «La degradación de la garantía de la expropiación rogada en la normativa urbanística valenciana», en *RUE*, núm. 47, 2021.

- OTERO LÓPEZ, David: «La orden de demolición de construcciones ilegales y su suspensión en la jurisdicción penal, y su implicación en el derecho urbanístico», en *RDU*, núm. 352, 2022.
- PARAJÓ CALVO, Margarita, y ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia: «La ordenación del territorio en Galicia», en *RUE*, núm. 47, 2021.
- TALLÓN GÓMEZ, Mónica: «Novedades en materia de protección del patrimonio histórico-artístico inmueble a través de los medios de intervención urbanística en el municipio de Madrid», en *RDU*, núm. 352, 2022.

## DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- AGOÚÉS MENDIZÁBAL, Carmen: «El acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa de las asociaciones titulares de intereses legítimos colectivos de carácter ambiental: A propósito de la STS 15/2021», en *RUE*, núm. 47, 2021.
- BENAVIDES MARZAL, Yody: «Europa 2050: del Pacto Verde y la Ley Europea del Clima», en *RDU*, núm. 352, 2022.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La delimitación del concepto de “inversión financiera sostenible”: El papel de los llamados “bonos verdes”», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 119-144.
- CRUZ ALLI TURRILLAS, Juan: «La protección jurídica de las especies migratorias en el reenfoque de la salvaguarda de la biodiversidad», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 146-226.
- DE SADELEER, Nicolas: «El papel del principio de precaución en el control de la comercialización y el uso de las sustancias químicas en el Derecho de la Unión Europea», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 87-118.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar: «Drones y medioambiente: principales aspectos técnicos y jurídicos para un uso respetable de estas aeronaves y sistemas operativos», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 227-294.
- EMBED IRUJO, Antonio: «El concepto de seguridad hídrica: contenido y funcionalidad», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 41-86.
- GALERA RODRIGO, Susana: «La política de adaptación en la Ley 7/2021 de cambio climático y transición energética: instrumentos generales», en *RDU*, núm. 351, 2022.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando: «Restricciones aéreas en espacios naturales: Especial consideración a los drones», en *RDA*, núm. 51, 2022.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «El lobo: percepción social y régimen jurídico», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 17-40.
- MATA TORRES, Cynthia Inmaculada: «La valorización de residuos como medio de generación de energía renovable: especial atención al caso andaluz», en *RDU*, núm. 351, 2022.
- MOREU CARBONELL, Elisa: «Marco jurídico de la minería urbana», en *RDA*, núm. 51, 2022.
- MUÑOZ AMOR, María del Mar: «¿Terminará convirtiéndose el problema del Mar Menor en otro Algarrobo?: estado de la cuestión», en *RDU*, núm. 350, 2021.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Los aprovechamientos micológicos: Notas sobre su regulación y proyección en España en el contexto de la nueva estrategia forestal de la UE (2030) y de la nueva PAC 2023-2027», en *RDA*, núm. 51, 2022.

- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Juan Ignacio: «La estrategia de movilidad urbana sostenible concebida y expresada de acuerdo con los principios de la economía circular», en *RDGC*, núm. 448, 2021.
- SETUÁIN MENDÍA, Beatriz: «La Constitución y la Costumbre: Insuficiencias jurídicas en torno a una amenaza real», en *RDA*, núm. 51, 2022.
- VALENCIA MARTÍN, Germán: «Las acciones públicas autonómicas en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la STC 15/2021, sobre la Ley general de protección del medio ambiente del País Vasco», en *RDA*, núm. 51, 2022.
- ZALLOS ZURILLA, María: «Responsabilidad social ambiental: compatibilidad entre los regímenes civil y ambiental. (Ley 26/2007): Novedades jurisprudenciales», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 299-352.
- RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS**
- RJC* Revista Española de Derecho Europeo
- RGLJ* Revista General de Legislación y Jurisprudencia
- RJN* Revista Jurídica del Notariado
- AUGUSTO ZABALA, Gastón: «El Tribunal Constitucional de España y los medios alternativos de solución de controversias», en *RDCE*, núm. 4, 2020, pp. 249-266.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: «El arbitraje de equidad ante las normas imperativas», en *CDC*, núm. 75, 2021, pp. 173-185.
- GIMENO RIBES, Miguel: «La suscripción arbitraria de las modificaciones estructurales», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 45-88.
- RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo: «Mediación: ¿Alternativa al proceso o traba de acceso?», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 264-305.
- InDret* www.indret.com

## DERECHO PROCESAL

- ABEL FABREGÓ, Anna: «Los emojis como fuente de prueba», en *RJC*, núm. 4, 2021.
- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Problemas prácticos de la tramitación de los créditos revolving a través de un juicio monitorio», en *AC*, núm. 1, 2022.
- AGOÚÉS MENDIZÁBAL, Carmen: «El acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa de las asociaciones titulares de intereses legítimos colectivos de carácter ambiental: A propósito de la STS 15/2021», en *RUE*, núm. 47, 2021.
- ALASTRUEY GRACIA, Raquel: «La buena fe procesal. La aplicación del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RJC*, núm. 4, 2021.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Acceso a la vivienda para personas vulnerables, COVID-19, Ley 4/2022 y Real Decreto-ley 3/2022: suspensión de los lanzamientos y medidas estatales y autonómicas», en *AC*, núm. 3, 2022.
- BUENO DE MATA, Federico: «Juicios orales telemáticos y eficiencia digital», en *RDNT*, núm. 58, 2022.
- EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana: «Ratificación judicial de la implantación del certificado COVID como una medida de control sanitario: ¿cara o cruz?», en *RDNT*, núm. 58, 2022.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática procesal de la reclamación de actualización de rentas», en *AC*, núm. 11, 2021.
- «Desahucios y cláusula penal», en *AC*, núm. 4, 2022.

- GARBERÍ LLOBREGAT, José: «Alcance de la sucesión procesal por cesión del crédito litigioso a un tercero y alcance de la anotación preventiva de embargo sobre procesos distintos a aquel en que haya sido adoptada. Comentario a la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, núm. 215/2021, de 20 de abril (RJ 2021, 1850)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 423-440.
- GUINALDO LÓPEZ, María Victoria: «Costas del artículo 246.3 de la LEC (1)», en *AC*, núm. 4, 2022.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Comentario a la STS de 23 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1299). Sobre el ejercicio de nulidad de títulos de dominio como requisito previo al ejercicio de la acción reivindicatoria y las condiciones de ejercicio previo de la acción de saneamiento por evicción», en *CCJC*, núm. 118, 2022, pp. 113-132.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María José: «Juicio de desahucio regulación legal. Análisis jurisprudencial de determinadas cuestiones controvertidas. Nuevas medidas relativas al lanzamiento tras la crisis del COVID-19», en *AC*, núm. 4, 2022.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «Algunas cuestiones sobre la admisión del proyectado recurso de casación civil», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 230-263.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «*Dies a quo* de la acción de anulación por error vicio y resolución por incumplimiento de compraventa con precio indeterminado», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 11-36.
- MARTÍN RÍOS, Pilar: «Responsabilidad del procurador que no asiste a la comparecencia de la apelación civil ante el tribunal *ad quem*: examen jurisprudencial», en *AC*, núm. 11, 2021.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Régimen de la litispendencia con terceros Estados: algunas reflexiones en materia de crisis matrimoniales», en *RGLJ*, núm. 4, 2021.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «Propuesta de redefinición normativa del artículo 641 LEC: hacia la viabilidad procesal de la realización por entidad especializada», en *AC*, núm. 11, 2021.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Legitimación activa y titulización: ¿cotitularidad fiduciaria?», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 619-633.
- «La legitimación en la acción de anulación por infracción del deber de lealtad», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 1280-1292.
- SÁNCHEZ POS, María Victoria: «Posibilidad de oponer ante el juez de primera instancia la compensación del demandado *in bonis* al actor concursado. Comentario a la STS de 13 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2373)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 431-448.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La Recepción por la sala de lo civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano», en *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 129-170.
- VÉLEZ TORO, Antonio José: «La tutela judicial sobre la fianza arrendaticia: del juicio ordinario al verbal y al monitorio», en *AC*, núm. 11, 2021.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022 / May a foreign citizen concludes a Galician “pacto de

- mejora”? The Regulation 650/2012 and the DGSJEP decision of 20 January 2022», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 1-34.
- ARZAGA BATIZ, Ana: «La transposición europea de investigación y en la política de I+D», en *REDE*, núm. 80, 2021.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La fusión transfronteriza en la Directiva Europea 2019/2121 y su posición en la Ley española de Modificaciones Estructurales», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 37-116.
- CANO CAMPOS, Tomás: «Los claroscuros del «non bis in ídem» en el espacio jurídico europeo», en *REDE*, núm. 80, 2021.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier: «El Reglamento de bloqueo: un antídoto que mata», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 29-61.
- DAMIAN RYS, Mateusz: «The principle of legal certainty: A certain way to uncertainty», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 149-167.
- DE BLAS JAVALOYAS, José Ramón y GARCÍA MIRETE, Carmen María: «El futuro de la cooperación judicial en la Unión Europea. Una perspectiva (1)», en *AC*, núm. 3, 2022.
- DE ELIZALDE IBARBIA, Francisco: «La Directiva 2019\2161, de Modernización del Derecho de Consumo, que establece nuevos remedios individuales contra las prácticas comerciales desleales. ¿Un paso más hacia la estandarización del derecho privado de la Unión Europea?», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 47-89.
- DE GREGORIO MERINO, Alberto: «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 11-26.
- DE SADELEER, Nicolas: «El papel del principio de precaución en el control de la comercialización y el uso de las sustancias químicas en el Derecho de la Unión Europea», en *RDA*, núm. 50, 2021, pp. 87-118.
- DI COMITE, Valeria: «La legitimidad del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas para la economía española en tiempos de COVID-19: La sentencia del Tribunal General «Ryanair DAC/Comisión»», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 107-124.
- FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: «La indirecta protección de los derechos habitacionales en el convenio europeo de derechos humanos», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3753-3767.
- 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», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 161-226.
- GARCÍA ORTIZ, Adrián: «“De civis europaeus sum”. Una propuesta teórica para la construcción de una identidad constitucional europea», en *REDE*, núm. 80, 2021.
- JULIÀ BARCELÓ, María: «La acción exterior de la Unión Europea en la protección del patrimonio cultural: especial referencia a la política común de seguridad y defensa», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 63-104.
- LÓPEZ GIL, Milagros: «El principio *tantum appellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE», en *AC*, núm. 5, 2022.
- MUNAR BERNAT, Pedro Antonio: «Los problemas que plantea el Reglamento (UE) núm. 650/2012 en el tratamiento del pacto sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB). A propósito de la STSJ Illes Balears, de 14 de mayo de 2021», en *RDC*, vol. 8, núm. 4, 2021, pp. 227-255.

- PASCUAL MATELÁN, Laura: «La criminalización de la asistencia a los solicitantes de asilo en Hungría (a propósito de la sentencia “Comisión/Hungría”, C-821/19)», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 169-187.
- PUIG BLANES, Francisco de Paula: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho interno de los Estados miembros (1)», en *AC*, núm. 2, 2022.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo: «La controvertida gestión de los fondos de recuperación en España: exigencias europeas y consenso futuro», en *REDE*, núm. 80, 2021.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Los aprovechamientos micológicos: Notas sobre su regulación y proyección en España en el contexto de la nueva estrategia forestal de la UE (2030) y de la nueva PAC 2023-2027», en *RDA*, núm. 51, 2022.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «La nueva digital market act, una respuesta híbrida de la Unión Europea a los “gatekeepers” GAFAs», en *RDNT*, núm. 57, 2021.
- VALLES CAVIA, José Antonio: «La inmunidad de jurisdicción de los gobernadores de los bancos centrales nacionales a la luz del derecho de la UE: La sentencia del Tribunal de Justicia “LR Ğenerálprokuratūras”», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 125-147.
- VILA LOZANO, Jorge: «Protección de datos en el ciberespacio de la Unión Europea: control de contenidos y perfilaciones digitales», en *RDNT*, núm. 58, 2022.

## DERECHO COMPARADO

- ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio: «Génesis, estructura y contenido del nuevo Código civil de la República Popular China», en *RGLJ*, núm. 4, 2021.
- ARAGONESES, Alfons: «La “nacionalidad reparativa” entre derecho, historia y justicia: A propósito de la última reforma de la ley alemana de nacionalidad», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 57-87.
- BARBA, Vincenzo: «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», en *AC*, núm. 1, 2022.
- FERNÁNDEZ ARROJO, María: «La regla contra las perpetuidades en el derecho inglés», en *RCDI*, núm. 790, 2022, pp. 949-983.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «El Tribunal Supremo alemán, la pandemia y los arrendamientos de locales de negocios», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. I-VI.
- INFANTE RUIZ, Francisco José, y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Contracts contrary to fundamental principles and mandatory rules of European Contract Law», en *InDret*, núm. 2, 2022, pp. 1-56.
- KINDLER, Peter, y JOBST, Simon: «Constitución de sociedad e identificación electrónica: el Company Law Package y su aplicación en los ordenamientos alemán e italiano», en *CDC*, núm. 73, 2020, pp. 13-36.
- MALUMIÁN, Nicolás, y BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio: «¿Fideicomiso en España?: aportes a un debate a partir de la experiencia de Latinoamérica», en *AC*, núm. 2, 2022.
- MARCHETTI, Giovanna: «Contratos pendientes de ejecución y el COVID-19: los remedios ofrecidos por el Código Civil italiano en clave comparada», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 259-291.

- MATEO, Íñigo: «El (nuevo) Código Civil de la República Popular China», en *RDC*, vol. 9, núm. 1, 2022, pp. 295-344.
- MENDES GÓMEZ, Alberto: «Acta de Desecho de posesión de bienes inmuebles privados del Estado peruano», en *RDC*, núm. 789, 2022, pp. 293-318.
- POLO SABAU, José Ramón: «El reconocimiento del matrimonio de creencia en la Isla de Guernsey mediante la «Marriage (Barwick of Guernsey) Law 2020»», en *RCDE*, núm. 70 (2022), pp. 985-998.
- RIVAS VARGAS, Dania Ramira, y ABRAHAM GONZÁLEZ, Yanetzy: «La actualización de los títulos de propiedad en Cuba: un dilema contemporáneo para la inscripción registral», en *RCDE*, núm. 70 (2022), pp. 583-3600.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La Recepción por la sala de lo civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano», en *Indret*, núm. 1, 2022, pp. 129-170. *Revista Española de Derecho Europeo*
- RGLJ* *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*
- RJC* *Revista Jurídica de Catalunya*
- RJNot* *Revista Jurídica del Notariado*
- RILLICH COMELLES, Cristina: «Acceso a la vivienda para personas vulnerables, COVID-19, Ley 4/2022 y Real Decreto-ley 3/2022: suspensión de los lanzamientos y medidas estatales y autonómicas», en *AC*, núm. 3, 2022.
- CALVO VÉRGEL, Alicia: «El BCE para afrontar las consecuencias derivadas de la pandemia de la COVID-19», en *RDBB*, año 40, núm. 164, 2021, pp. 173-204.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La delegación interpretativa en favor del Ministerio de Sanidad durante el estado de alarma provocado por el COVID-19: ¿es inconstitucional? (Comentario crítico a la STC 148/2021, de 14 de julio)», en *RGLJ*, núm. 4, 2021.
- DI COMITE, Valeria: «La legitimidad del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas para la economía española en tiempos de COVID-19: La sentencia del Tribunal General «Ryanair DAC/Comisión»», en *RDCE*, año 26, núm. 71, 2022, pp. 107-124.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El ecosistema de plataformas intermediarias y la resolución de litigios en línea (RLL/ODR): ¿hacia dónde vamos tras la COVID-19?», en *CDC*, núm. 74, 2020, pp. 17-44.
- EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana: «Ratificación judicial de la implantación del certificado covid como una medida de control sanitario: ¿cara o cruz?», en *RDNT*, núm. 58, 2022.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María José: «Juicio de desahucio regulación legal. Análisis jurisprudencial de determinadas cuestiones controvertidas. Nuevas medidas relativas al lanzamiento tras la crisis del COVID-19», en *AC*, núm. 4, 2022.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID-19 y estado de alarma (III)», en *RCDI*, núm. 788, 2021, pp. 3834-3856.
- MARCHETTI, Giovanna: «Contratos pendientes de ejecución y el COVID-19: los remedios ofrecidos por el Código Civil italiano en clave comparada», en *RCDI*, núm. 789, 2022, pp. 259-291.
- PERARNAU MOYA, Joan: «Los arrendamientos y su afectación por la COVID-19. La cláusula de la solidaridad rebus sic stantibus como remedio», en *AC*, núm. 4, 2022.

SANCHO LÓPEZ, Marina: «Los «big data» genéticos y sus límites legales. Especial mención a la investigación con datos genéticos y la crisis del COVID-19», en *RDNT*, núm. 57, 2021.

### VARIA

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «¿Responden los organismos notificados por los daños producidos por los productos auditados por ellos frente a los consumidores?. Comentario a la STS, de 18 de enero de 2021 (RJ 2021, 99)», en *CCJC*, núm. 117, 2021, pp. 139-154.

CARDONA BARBER, Antonio: «La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques», en *RJC*, núm. 4, 2021.

EGEA PÉREZ-CARASA, Íñigo: «Tributación de los “influencers”: normas tradicionales para nuevos y rentables modelos de negocio de las nuevas generaciones», en *CDC*, núm. 75, 2021, pp. 15-112.

GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «El fin de la inmunidad registral marcaría: resolviendo problemas concretos y generando problemas sistémicos», en *RDM*, núm. 322, 2021.

JUAN Y MATEU, Fernando: «El transporte marítimo y la ciberseguridad», en *RDM*, núm. 323, 2022.

MORALES PRATS, Fermín: «Repercusiones en el Derecho Penal de la Ley 8/2021: ¿todos imputables?», en *RJC*, núm. 1, 2022.

RODILLA MARTÍ, Carmen: «Cláusulas de no competencia post-contractual en contratos de trabajo y Derecho de la competencia», en *RdPat*, núm. 57, 2022.

### ABREVIATURAS

<i>AC</i>	Actualidad Civil
<i>ADCon</i>	Anuario de Derecho Concursal
<i>AFDUAM</i>	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
<i>AAMN</i>	Anales de la Academia Matritense del Notariado
<i>CCJC</i>	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
<i>CDC</i>	Cuadernos de Derecho y Comercio
<i>PDD</i>	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
<i>RCDI</i>	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
<i>RDA</i>	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
<i>RDBB</i>	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
<i>RDNT</i>	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
<i>RdPat</i>	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
<i>RDC</i>	Revista de Derecho Civil

<i>RDCP</i>	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
<i>RDCD</i>	Revista de Derecho de la competencia y la distribución
<i>RDCE</i>	Revista de Derecho Comunitario Europeo
<i>RDM</i>	Revista de Derecho Mercantil
<i>RDP</i>	Revista de Derecho Privado
<i>RDS</i>	Revista de Derecho de Sociedades
<i>RDU</i>	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
<i>REDE</i>	Revista Española de Derecho Europeo
<i>RGLJ</i>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<i>RJC</i>	Revista Jurídica de Catalunya
<i>RJNot</i>	Revista Jurídica del Notariado
<i>RJUAM</i>	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid

### **REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

*InDret* [www.indret.com](http://www.indret.com)

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

## La inclusión en el Catálogo de aguas privadas solo es admisible por decisión judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1320/2022, de 29 de marzo

**ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH**

Profesor emérito de Derecho administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*La sentencia, partiendo de la existencia del aprovechamiento de aguas subterráneas con anterioridad a la Ley de 1985, confirma la de instancia, calificando la acción ejercitada como mero declarativa y no constitutiva ni de condena. Tras un detallado examen del régimen transitorio de la citada Ley, desestima los motivos de casación y declara la obligación de la Confederación Hidrográfica de inscribir la titularidad del aprovechamiento en el Catálogo de aguas privadas. El comentario concluye con unas reflexiones sobre la pertinencia de calificar estas aguas como privadas.*

### PALABRAS CLAVE

*Aguas privadas, régimen transitorio, catálogo, acción declarativa.*

## Inclusion in the Catalog of private waters is only admissible by judicial decision. Remarks on Supreme Court decision 1320/2022, of March 29<sup>th</sup>

### ABSTRACT

*The sentence, on the basis of the existence of the use of groundwater prior to the 1985 Water Act, confirms the lower court's decision, classifying the action brought as merely declaratory and neither constitutive nor condemnatory. After a detailed examination of the transitional regime of the aforementioned Law, it declares the obligation of the Water Administration to register the ownership of the exploitation in the Catalogue of private waters. The analysis concludes with some reflections on the pertinence of classifying these waters as private waters.*

### KEYWORDS

*Private waters, transitional provisions, catalogue, declarative action.*

SUMARIO: 1. Resumen de la sentencia.–2. El dominio público de las aguas subterráneas y el régimen transitorio de la Ley de Aguas.–3. La inclusión en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas.–4. Valoración de la sentencia.–5. ¿Hay todavía aguas subterráneas privadas?–Bibliografía.

### 1. RESUMEN DE LA SENTENCIA

La STS 1320/2022, de 29 de marzo, de la Sala Primera (ponente Juan María Díaz Fraile, ECLI: ES: TS:2022:1320), desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, en representación de la Confederación Hidrográfica del Duero, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad, que estimó íntegramente la demanda interpuesta por un particular, declarando su titularidad de un aprovechamiento de aguas privadas destinadas al riego, con un caudal de 67,50 l/s y el volumen de 394.740 m<sup>3</sup>/año, así como la obligación de la Confedera-

ción de inscribir en el Catálogo de aguas privadas la citada titularidad en todos sus términos y extensión.

El recurso de casación se fundaba en tres motivos:

1.º Infracción de la doctrina contenida en diversas sentencias del TS, que afirman el carácter meramente declarativo de las acciones reales en que su titular ejerce la simple facultad de reconocimiento de un derecho preexistente. La sentencia declara inadmisibile el motivo porque «el recurso de casación, conforme al artículo 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de litigio. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación». En este caso, «no se alega la infracción de unas concretas normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, sino la doctrina jurisprudencial que, a juicio de la recurrente, resultaba contradicha en la sentencia recurrida», lo que «no es requisito suficiente para justificar el acceso al recurso de casación» (FD 3.º).

2.º Infracción del artículo 1963 CC, por no haber transcurrido 5 años. En el desarrollo del motivo se insiste en el carácter constitutivo de la acción ejercitada y la prescripción de la acción por el transcurso del plazo de treinta años que establece el citado artículo para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles; y se justifica el interés casacional porque, desde el vencimiento del plazo de los treinta años de la prescripción a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 (lo que tuvo lugar el 1 de enero de 2016), no habían transcurrido más de cinco años (FD 4.º).

3.º Infracción del mismo artículo 1963, por existir un segundo interés casacional fundado en el supuesto excepcional admitido por la Sala consistente en la necesidad de fijar doctrina o jurisprudencia sobre esta cuestión.

Los motivos 2.º y 3.º se examinan conjuntamente y son desestimados tras un extenso análisis del régimen transitorio de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (LA). En síntesis:

a) Tanto el Juzgado como la Audiencia han considerado probado que el sondeo para la extracción de aguas subterráneas ya existía antes de la entrada en vigor de la LA, con sus concretas características de profundidad, diámetro y caudal, extensión del área regada y la titularidad dominical del demandante y de sus causahabientes sobre la parcela, que se remonta a una fecha también anterior a la entrada en vigor de la LA. También ha quedado probado que el aprovechamiento de aguas ha continuado en explotación hasta la actualidad.

b) El marco normativo aplicable está constituido por las Disposiciones transitorias de la LA. La Transitoria Cuarta (y el art. 195 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, RDPH) imponen a los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior, que hubieren optado por la segunda de las alternativas previstas en las dos disposiciones transitorias anteriores (esto es, mantener la titularidad en la misma forma que hasta ahora), el deber de declarar la existencia del aprovechamiento ante el Organismo de cuenca, para su inclusión en el Catálogo de aguas privadas. La Ley prevé la posibilidad de sancionar con multas coercitivas la infracción de este deber (FD 5).

c) La disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional (LPHN), impone un cierre del Catálogo para las solicitudes que se realicen transcurridos los tres primeros meses de su vigencia, «salvo en virtud de resolución judicial». Esta salvedad ha sido interpretada por la Sala Tercera del TS en el sentido de que «la Administración hidráulica no debe reconocer aprovechamiento alguno de aguas privadas, a efectos de su inclusión en el Catálogo de Aguas, si se solicita transcurridos los tres meses de la entrada en vigor de la Ley 10/2001, sino cuando previamente hubiese sido reconocido como tal en resolución judicial firme, o, dicho de otro modo, que, una vez transcurridos los tres meses de la vigencia de esa Ley 10/2001, sólo la Jurisdicción es competente para reconocer un aprovechamiento de aguas privadas y, una vez que sea firme la decisión judicial, podrá tener acceso al catálogo de aguas privadas de la cuenca» (STS, Sala Tercera, secc. 5.<sup>a</sup>, de 1 de junio de 2010, recurso de casación 2745/2006, ponente Jesús Ernesto Peces Morate). La Sala Primera comparte plenamente esta interpretación y así lo manifiesta en el FD 5 de la sentencia que comentamos.

d) La acción para el reconocimiento judicial de los derechos de aprovechamiento de aguas de dominio privado preexistentes a la LA es una acción declarativa, no constitutiva ni de condena. El hecho de que en la demanda se solicite el reconocimiento del derecho conforme a unas concretas características de caudal, destino de las aguas, zonas regables, etc, no supone, como parece entender la recurrente, que el derecho se pretenda constituir *ex novo*, sino el cumplimiento de la carga de alegar y probar la medida y contenido concreto del derecho cuyo reconocimiento se pretende. La identificación del bien al que se refiere la acción es requisito común para todas las referidas a la defensa de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Con la acción ejercitada se

trata, por tanto, de evitar la incertidumbre sobre la existencia y el alcance concreto del citado derecho de aprovechamiento de aguas privadas, y así evitar el temor fundado de perjuicios futuros por la imposición de multas o la adjudicación de concesiones a terceros sobre esos recursos hidráulicos, con lesión de los derechos del titular (FD 6.6 y 6.8).

e) Tampoco puede prosperar la tesis de la recurrente de que la acción ejercitada es de condena porque en la demanda se solicita la declaración de la obligación de la Confederación Hidrográfica del Duero de inscribir la titularidad del demandante sobre el aprovechamiento de aguas en el Catálogo de Aguas Privadas. Esa inscripción no constituye una «prestación» que se imponga por la fuerza o *imperium* de una declaración de condena de la sentencia, sino una actuación obligada por parte de la Administración hidráulica una vez tiene conocimiento de la existencia y características del aprovechamiento (FD 6.9).

f) Las acciones mero declarativas son imprescriptibles. En este caso, el derecho del demandante al aprovechamiento de las aguas privadas es un derecho de dominio o propiedad especial no sujeto a límite temporal. Por ello, el demandante, como titular que no ha dejado de serlo, está legitimado para reclamar la declaración judicial de su derecho. A ello no puede oponerse un criterio de interpretación restrictiva, invocado por la recurrente, pues justamente el criterio aplicable en materia de prescripción es el contrario. Según doctrina de la Sala «en cuanto se manifieste el *animus conservandi* debe entenderse queda correlativamente interrumpido el *tempus prescriptionis*». En el caso, el *animus conservandi* queda acreditado por la posesión y explotación continuada del aprovechamiento (FD 6.11).

g) En consecuencia, se confirma la sentencia impugnada al calificar como mero declarativa la acción ejercitada en esta litis, lo que conduce a la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso.

En resumen, la argumentación de la sentencia se centra en el régimen transitorio de la LA y, en particular, en las consecuencias de una de las dos opciones que en él se ofrecen a los anteriores propietarios de aguas privadas: seguir como «hasta ahora», pero con obligación de declarar su aprovechamiento para su inclusión en el catálogo de aguas privadas.

Para la mejor comprensión del supuesto y la argumentación de la sentencia, conviene situar en su contexto el marco normativo aplicable y su interpretación por la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

## 2. EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY DE AGUAS<sup>1</sup>

La necesidad de revisar el régimen de las aguas subterráneas era un clamor en los años anteriores a la promulgación de la Ley de 1985. La gestión de esas aguas era un caos, porque dependía de las extracciones de cada propietario, sin visión de conjunto del acuífero de procedencia y, por tanto, con el riesgo de mermar otros aprovechamientos (de aguas públicas o privadas) en explotación. La Ley de 1985 incluyó en el dominio público las aguas subterráneas renovables «con independencia del tiempo de renovación», así como los acuíferos subterráneos «a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos» (art. 2.º). Se declaraba así de dominio público el conjunto de las aguas que forman parte del ciclo hidrológico, en todas sus fases.

Sin embargo, el régimen transitorio de la Ley respetaba los derechos sobre aguas privadas de manantiales y arroyos (Transitoria 2.ª) y las «procedentes de pozos o galerías en explotación» (Transitoria 3.ª), adquiridos conforme a la legislación anterior, si bien «congelando» su contenido, de modo que «el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley». Por otra parte, a los aprovechamientos de aguas privadas «les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y en general, las relativas a limitaciones de uso del dominio público hidráulico» (apartados 3 y 4 de las citadas Transitorias).

Los titulares de esos derechos de aprovechamiento adquiridos al amparo de la legislación anterior podían optar entre mantener el derecho «en la misma forma que hasta ahora» o transformarlo en un derecho «de aprovechamiento temporal de aguas privadas» (por un plazo de 50 años) y posterior paso al régimen concesional (aguas públicas). Ambas disposiciones transitorias puntualizaban que «el carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración en favor de quien la ejercite como consecuencia de la transformación del derecho».

<sup>1</sup> Sobre los antecedentes legales y la jurisprudencia constitucional, véase ALONSO COLOMER, 1990, pp. 126-130 y MENÉNDEZ REXACH, 2016, pp. 25 ss.

La consecuencia de una u otra opción era que, en el primer caso, los titulares de aprovechamientos de aguas privadas no podrían acogerse a la protección administrativa del Registro de aguas y en el segundo, sí. Obviamente, el legislador pretendía fomentar la segunda opción, que conllevaba la transformación de las aguas privadas en públicas, tras el mencionado período de aprovechamiento temporal de aguas privadas.

En la práctica se pudo comprobar que la protección del Registro de aguas no era estímulo suficiente para que los afectados se inclinaran por esa opción. En su inmensa mayoría se acogieron a la primera, para quedarse como estaban, quizá confiando en que el TC anularía el régimen transitorio, como vaticinaban los detractores de la LA y, en particular, de la declaración de dominio público de las aguas subterráneas. Pero no lo hizo<sup>2</sup>. Al contrario, respal-

---

<sup>2</sup> Los motivos de impugnación del régimen transitorio fueron, en síntesis, la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, el de seguridad jurídica, la prohibición de irretroactividad y la garantía expropiatoria del artículo 33.3 CE. El TC rechazó la imputación de arbitrariedad, argumentando que el legislador puede optar entre diferentes posibilidades de configuración de una determinada materia o sector, por lo que no es suficiente la mera discrepancia política sobre la opción adoptada para tacharla de arbitraria. No hay en la Constitución una garantía de que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes: «Antes bien, el artículo 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros. Conforme a esta previsión constitucional, la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso» (STC 227/1998, FJ 7).

En cuanto a la supuesta ilegitimidad del trato discriminatorio de los titulares de aguas privadas que optasen por mantener esa condición, la sentencia recuerda que «no toda desigualdad de trato legal es discriminatoria, sino sólo aquella que, afectando a situaciones sustancialmente iguales desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable». En el caso, «es enteramente razonable que la Administración no tenga la carga de suministrar una protección específica a derechos que ella misma no ha otorgado, que no han sido previamente acreditados ante la misma y que, en última instancia, afectan a bienes ajenos a su titularidad» (FJ 8).

Frente al reproche de que la demanialización de las aguas continentales suponía la infracción de la prohibición de irretroactividad y del principio de seguridad jurídica, el TC argumentó que «la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico» (FJ 9) y, en la misma línea que el principio de seguridad jurídica «no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas» (FJ 10).

La garantía expropiatoria constitucional se consideró infringida por la limitación permanente del caudal aprovechable, que, como se ha indicado en el texto, no podría ser incrementado sino en virtud de concesión administrativa y, por tanto, pasando al régimen demanial. Esta tesis también fue rechazada, pero obligó al Tribunal a abordar la cuestión clave de la distinción entre la delimitación del derecho de propiedad (que debe respetar su contenido esencial y que no es indemnizable) y su privación, que debe respetar las garantías del artículo 33.3 CE. La sentencia consideró que el reproche hubiera podido tener fundamento si se hubiera privado a los propietarios de su facultad de alumbrar las aguas subterráneas. Pero no era ese el caso, pues la Ley respetaba los derechos de propiedad preexistentes con el contenido que tuvieran en ese momento, es decir, «congelándolos», con la consecuencia de que cualquier ampliación del volumen utilizable supondría el paso al régimen demanial. Esa congelación sólo afectaba a expectativas y, por ello, no era indemnizable. Al hilo de la argumentación, la sentencia afirma el carácter de *res nullius* de las aguas subterráneas no alumbradas conforme a la legislación anterior (FJ 11).

dó la validez de la declaración general de dominio público de las aguas superficiales y subterráneas que forman parte del ciclo hidrológico, así como de la alternativa abierta a los propietarios de aguas privadas por el régimen transitorio. Los que se acogiesen al régimen de aprovechamiento temporal de aguas privadas podrían inscribir su derecho en el Registro de aguas. Los que optasen por seguir como estaban, tendrían que declarar su aprovechamiento para su inclusión en el Catálogo de aguas privadas. En general, no lo hicieron. Algún autor entendió que esa era una tercera posibilidad<sup>3</sup>, pero sería una situación de hecho, no de derecho, puesto que la declaración del aprovechamiento para su inclusión en el Catálogo era una obligación legal.

Como recuerda la sentencia objeto de este comentario (FD 5.3), el alcance de la expresión «mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora», fue delimitado por el TC en su sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, en el sentido de que «se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular». Ello sin perjuicio del respeto a «las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico» (apartado 4 de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>).

A continuación, la sentencia que comentamos puntualiza, siguiendo al TC, que «en el régimen legal derogado, previo a la Ley de Aguas de 1985, el derecho de los dueños de los predios no se extendía a las aguas no alumbradas que, según la doctrina dominante, se calificaban como *res nullius*, razón por la cual la STC 227/1988 consideró que, desde el punto de vista del respeto al mandato del artículo 33.3 de la Constitución, no existía obstáculo jurídico para que la Ley de 1985 considerase con carácter general esas aguas todavía no alumbradas en la fecha de entrada en vigor de esta, como bienes de dominio público hidráulico. Además, el respeto a los dere-

---

Finalmente, «tampoco existe expropiación forzosa por el hecho de que la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales totales utilizados o de modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento se extienda obligatoriamente a la totalidad de la explotación, incluyendo así los caudales aprovechados en virtud de la titularidad privada del predio donde las aguas nacen o se alumbran», porque «la decisión de incrementar el aprovechamiento o de modificar las condiciones corresponde libremente al interesado, lo que por sí sola excluye su carácter expropiatorio.

<sup>3</sup> MORELL OCAÑA, 2001, p. 27: «Cabe otra hipótesis: la de la existencia de aguas de propiedad privada que, manteniéndose el propietario en esta condición, no declare su existencia al organismo de cuenca, a los efectos de que se produzca la inscripción en el Catálogo».

chos adquiridos se hacía dentro del límite y con «el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material», que ya tuviese consolidado. Es decir, la Ley de 1985 respetó los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como afirmó la reiterada STC 227/1988, «congelándolos» en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión». Congelación del alcance material de los derechos consolidados con anterioridad que no implica una expropiación parcial de los mismos, pues, «con ello solo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse».

En el plano práctico, como ya se ha dicho, la consecuencia de la opción por mantener la titularidad del aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora era la obligación de declararlo para su inclusión en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca<sup>4</sup>.

### 3. LA INCLUSIÓN EN EL CATÁLOGO DE LOS APROVECHAMIENTOS AGUAS PRIVADAS

La Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2, de la LA, en su redacción originaria, establecía que:

«Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de cuenca, en los plazos que se determine reglamentariamente.

El Organismo de cuenca, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca.»

El Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RDPH)<sup>5</sup>, en su redacción originaria, estableció un plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la LA, para efectuar esa declaración, que debía realizarse «por escrito, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento, y haciendo constar sus características y destino de las aguas» (art. 195.2). El Texto Refundido

<sup>4</sup> La Ley de Aguas lo denomina así, mientras que el RDPH lo denomina *Catálogo de Aguas Privadas* (art. 195 del texto originario y arts. 196, 196 bis y 197 del texto vigente).

<sup>5</sup> Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (BOE de 30 de abril de 1986). En la actualidad, las inscripciones en el Catálogo se regulan en el artículo 196 y su cancelación en el artículo 196 bis.

de la Ley de Aguas de 2001 (TRLA)<sup>6</sup>, que derogó la Ley de 1985, no modificó esa regulación.

Transcurrido el plazo de tres años, se pudo comprobar el incumplimiento sistemático de la obligación de declarar el aprovechamiento para su inclusión en el catálogo. Este dato, unido al de que casi ningún propietario optó por la conversión de su derecho en un aprovechamiento temporal de aguas privadas para su posterior paso al régimen concesional, generó una situación de gran incertidumbre en cuanto a los volúmenes y caudales de agua realmente utilizados en virtud de derechos de propiedad adquiridos antes de la LA. Era manifiesto que el transcurso de ese plazo, aunque supusiera el incumplimiento de una obligación administrativa, no afectaba ni a la existencia del derecho ni a la posibilidad de ejercitarlo. Pero no se tenía constancia de su contenido ni, por tanto, de la cuantía de los volúmenes comprometidos.

La Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (LPHN), se propuso poner fin a esta situación mediante el «cierre» del catálogo, en los siguientes términos (Disposición transitoria segunda. Cierre del período de inscripción para los titulares de aprovechamientos de aguas privadas):

1. Se otorga a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas afectados por lo regulado en la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, un plazo improrrogable de tres meses contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley para solicitar su inclusión en el catálogo de aguas de la cuenca.

2. Transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme.

En consecuencia, la Administración ya no puede reconocer la existencia de aprovechamientos de aguas privadas para su inclusión en el catálogo, salvo en virtud de resolución judicial. A este respecto, la Sala 3.<sup>a</sup> ha establecido una clara doctrina, que la Sala 1.<sup>a</sup> afirma compartir en la sentencia que comentamos (FD 5.6): una vez transcurridos los tres meses de la vigencia de esa Ley 10/2001, sólo la Jurisdicción es competente para reconocer un aprovechamiento de aguas privadas y, una vez que sea firme la decisión judicial, podrá tener acceso al catálogo.

La aprobación del Texto Refundido de la Ley de Aguas unos días después de la LPHN<sup>7</sup>, suscitó la duda de si aquél habría derogado el cierre del catálogo establecido en esta, puesto que mante-

<sup>6</sup> Aprobado por RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE de 24 de julio de 2001).

<sup>7</sup> La LPHN se publicó en el BOE de 6 de julio de 2001 y el TRLA el 24 del mismo mes.

nía en sus propios términos la Transitoria 4.<sup>a</sup> de la Ley de 1985. Como se recordará, esta Transitoria se remitía al plazo señalado en el desarrollo reglamentario (3 años, según el art. 195.2 RDPH). La Sala 3.<sup>a</sup>, tras algunas vacilaciones, afirmó la primacía de la LPHN sobre el TRLA y la consiguiente imposibilidad de incluir aprovechamientos en el Catálogo, salvo en virtud de resolución judicial<sup>8</sup>. Aquí no podemos entrar en este interesante conflicto de normas, pero sí dejar constancia de la confusión existente en la práctica y de la doctrina legal que se ha impuesto.

Tras las vicisitudes legislativas, los interesados asumieron, por fin, que era preferible declarar su aprovechamiento para su inclusión en el catálogo. Pero, tras su cierre por la LPHN, las Confederaciones ya no podían admitir directamente las solicitudes, aunque en ocasiones lo hicieron<sup>9</sup>. Solo el juez civil puede reconocer derechos de aprovechamiento sobre aguas privadas anteriores a la Ley de 1985.

La STS 3765/2020, de 10 de noviembre (Sala 3.<sup>a</sup>)<sup>10</sup>, explica el significado del cierre del Catálogo en los términos que ya conocemos y que hace suyos la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> objeto de este comentario: la anotación del aprovechamiento en el Catálogo, a partir de la LPHN, solo puede hacerse en virtud de resolución judicial. En el supuesto de la sentencia, la Confederación Hidrográfica desestimó por extemporánea la solicitud formulada por el interesado al haber transcurrido el plazo establecido en la Transitoria Segunda de la LPHN. Los interesados acudieron al Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia con objeto de que se declarase su derecho a seguir utilizando las aguas subterráneas que venían aprovechando. Así lo hizo el Juzgado y, en virtud de la sentencia, el presidente de la Confederación ordenó la anotación del aprovechamiento en el catálogo. Contra esa resolución interpuso un tercero recurso contencioso-administrativo ante el TSJ, que lo estimó, anulando la resolución. La Abogacía del Estado recurrió en casación y el TS estimó el recurso, confirmando la resolución de la Confederación que dispuso la inclusión en el catálogo: «la mencionada resolución

<sup>8</sup> Así, la STS 3709/2014, de 19 de septiembre (recurso 1238/2012, ponente María del Pilar Teso Gamella), que se remite a otras, afirma rotundamente que, tras el cierre del catálogo por la LPHN, la Administración no puede acceder a las solicitudes de inclusión. Misma doctrina en la STS 2309/2014, de 6 de junio (recurso 1620/2012, de la misma ponente). Por el contrario, sorprendentemente, la STS 5268/2013, de 25 de octubre de 2013 (recurso 303/2010, ponente Ramón Trillo Torres), declara el derecho de la reclamante a que se inscriba el aprovechamiento en el Catálogo de Aguas Privadas. Esto no se entiende, puesto que el catálogo estaba cerrado, según la doctrina mayoritaria de la propia Sala 3.<sup>a</sup>

<sup>9</sup> La STS 2314/2013, de 21 de mayo (recurso 5994/2011, ponente Segundo Menéndez Pérez), desestima el recurso interpuesto contra una resolución de la Confederación incluyendo (¡en 2008!) un aprovechamiento en el Catálogo de Aguas Privadas.

<sup>10</sup> Recurso de casación 8123/2019, ponente Wenceslao Olea Godoy.

denegatoria era legal porque el Organismo de Cuenca ya no tenía potestades para reconocer la existencia del derecho, lo cual no excluía que debiera proceder a su inscripción cuando le fuera aportada una resolución judicial firme que sí lo reconociera, por ser esta ya la única vía admisible» (FD 3.º).

La sentencia explica con gran claridad el significado del cierre del catálogo impuesto por la LPHN (FD 2):

No quiere decirse que la Ley del Plan Hidrológico modificara, respecto de estos aprovechamientos, su régimen o su mera existencia, lo que hace la Ley de 2001, como afirma en su Disposición Transitoria Segunda, es el «cierre del periodo de inscripción»; esto es, tratar de poner orden en la confusión que había generado la redacción originaria, y el Texto Refundido, de la Ley de Aguas. Como ya se dijo antes, en estas se partía de la idea de que eran los propios titulares de tales aguas privadas los más interesados en que sus aprovechamientos accedieran, bien al Registro, bien al Catálogo; sin que fuera pensable que no se optara por una u otra opción, porque el aprovechamiento, como mero hecho jurídico sin título habilitante no puede ser una situación deseable. Y no se olvide que, en aquellas Leyes, dichos derechos quedaron originariamente circunscritos al plazo de tres años, es decir, que si bien el «cierre» se hace en 2001 el Legislador lo previó para 1988.

Obviamente el Legislador de 2001, pese a esa intención, no podía desconocer lo que ya se había declarado en la Ley de 1985, que estos titulares, aunque no anotaran o inscribieran su aprovechamiento, podrían seguir disponiendo de él; lo que se hace en la Ley del Plan Hidrológico es no solo exigir la anotación en el catálogo; sino que, además, condiciona los trámites para ello.

La sentencia argumenta que «el ejercicio del derecho al aprovechamiento de las aguas privadas que reconoce la sentencia, entre otras condiciones para su legítimo ejercicio, está sujeto a la anotación en el Catálogo, en el que deben estar incluidos todos los aprovechamientos de esas aguas privadas» (FD 3). Conviene recordar que la inclusión en el Catálogo era una obligación impuesta por la LA (Transitoria 4.<sup>a</sup>) a quienes optasen por «mantener su titularidad en la misma forma que hasta ahora», lo mismo que se exigía la inscripción en el Registro de Aguas a quienes optasen por el aprovechamiento temporal de aguas privadas. La STS 3765/2020 explica que el Legislador «partía de la idea de que eran los propios titulares de tales aguas privadas los más interesados en que sus aprovechamientos accedieran, bien al Registro, bien al Catálogo; sin que fuera pensable que no se optara por una u otra opción, porque el aprovechamiento, como mero hecho jurídico sin título habilitante no puede ser una situación deseable». Pero eso fue precisamente lo que ocurrió: la obligación de

inclusión en el Catálogo fue sistemáticamente incumplida. De ahí el cierre impuesto por la LPHN.

En esta situación, la Administración hidráulica, que no puede reconocer la existencia de estos derechos, tampoco podrá sancionar por el incumplimiento de la obligación de declararlos. Se lo impide el cierre del catálogo. Como se recordará, la Transitoria 4.<sup>a</sup> de la LA preveía la imposición de multas coercitivas por incumplimiento de la mencionada obligación de declarar. Esta calificación de multas coercitivas fue un error terminológico de la LA, que no se ha corregido en el Texto Refundido vigente. Las multas coercitivas no son sanciones, sino uno de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, independiente de las sanciones que puedan imponerse<sup>11</sup>. En este caso, no hay acto alguno, sino el incumplimiento de una obligación formal establecida por la LA. No se trata de multas coercitivas, sino de multas, sin más, por la comisión de una infracción. La remisión al artículo 117 de la propia LA lo pone de relieve.

Este dato de la posible imposición de multas es utilizado por la sentencia que comentamos para justificar el interés legítimo del ejercicio de la acción mero declarativa por el reclamante de la inclusión en el Catálogo (FD 6.4):

Por otra parte, ese interés legítimo se justifica también en la necesidad de eludir el régimen sancionador de las multas coercitivas que impuso la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas de 1985 para los casos de omisión de la inscripción en el Catálogo, como expusimos supra. Con la acción ejercitada se trata, por tanto, de evitar la incertidumbre sobre la existencia y el alcance concreto del citado derecho de aprovechamiento de aguas privadas, y así evitar el temor fundado de perjuicios futuros por la imposición de multas o la adjudicación de concesiones a terceros sobre esos recursos hidráulicos, con lesión de los derechos del titular.

A mi juicio, el argumento tiene escasa consistencia, puesto que en la fecha de ejercicio de la acción (19 de junio de 2017), el catálogo estaba cerrado y, por tanto, la Administración ya no podía imponer multas coercitivas. Si no se puede cumplir una obligación, es obvio que no se podrá sancionar por su incumplimiento, sin perjuicio de otras consecuencias legales<sup>12</sup>. El argumento decisivo es el que esgrime la propia sentencia como principal: «cegada la vía

<sup>11</sup> Artículo 100.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El artículo 103.2 aclara que «la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas».

<sup>12</sup> En la misma línea, se señaló que la LPHN sustituyó sin más las multas coercitivas «por la nada desdeñable carga de tener que acudir a un proceso civil» (CANTERO MARTÍNEZ, 2002, p. 256).

administrativa del reconocimiento del derecho a los aprovechamientos de aguas privadas preexistentes a la Ley de Aguas de 1985, resulta necesario a fin de obtener dicho reconocimiento obtener una resolución judicial, lo que exige el ejercicio de la correspondiente acción» (FD 6.4).

El cierre del catálogo por la LPHN no deja más opción a quienes no hayan incluido en él el aprovechamiento de que se consideren titulares que la de acudir a la jurisdicción civil en ejercicio de una acción declarativa de su derecho. Esto es, precisamente, lo que ocurrió en el supuesto de la sentencia comentada. Solo el citado orden jurisdiccional está facultado para hacer esas declaraciones de propiedad. El contencioso-administrativo únicamente puede reconocer situaciones de hecho, pero no declarar la propiedad.

Por lo demás, quienes tengan ya declarados sus aprovechamientos en el Catálogo pueden, desde finales de 2012, solicitar en cualquier momento la inscripción en el Registro de Aguas de la cuenca, para lo que instarán el otorgamiento de la correspondiente concesión, que se tramitará sin competencia de proyectos<sup>13</sup>. El término de la concesión será el 31 de diciembre de 2035, teniendo preferencia en ese momento el concesionario para obtener una nueva. Por esta vía, el legislador intenta de nuevo estimular el paso de estas aguas privadas al régimen concesional, que es el objetivo perseguido desde 1985.

#### 4. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La sentencia es plenamente correcta, en mi opinión, en cuanto a la cuestión de fondo: la obligación de la Administración hidráulica de incluir el aprovechamiento en el catálogo una vez acreditada su existencia en sede judicial (civil). A este respecto, es importante subrayar el diferente alcance de la competencia de este orden jurisdiccional y el contencioso-administrativo. El primero declara (o rechaza) la titularidad privada del aprovechamiento, mientras que el segundo solo puede pronunciarse sobre situaciones de hecho, sin reconocer derechos. La jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> es muy clara al respecto. Según ella, lo que se incluye en el catálogo

---

<sup>13</sup> El artículo 1.16 de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, introdujo una nueva Disposición transitoria décima, con el rótulo «Transformación de derechos privados en concesionales». El preámbulo explica que «esta Ley incorpora medidas que incentivan, como mecanismo potestativo, la transformación de los derechos de aprovechamiento privados de aguas a derechos concesionales, con el objetivo, entre otros, de facilitar y mejorar la gestión de episodios meteorológicos e hidrológicos desfavorables».

de aguas privadas no son derechos, sino situaciones de hecho, cuya existencia es obligado probar.

La STS de 9 de junio de 2004, a la que se remite, entre otras, la 209/2019<sup>14</sup>, considera que la interpretación que se debe hacer de lo establecido en la Transitoria cuarta de la LA y el artículo 195.2 RDPH, a pesar de la mención que en este se hace al título que acredite su derecho al aprovechamiento, «no es otra que la necesidad de justificar la posesión del aprovechamiento de que se trata, sus características y aforo, lo que requiere acreditar el destino de las aguas y la superficie regable, puesto que se trata de que la Administración conozca la existencia del aprovechamiento en cuestión, sus características y aforo». Concluye que «lo que la Administración hace constar en el Catálogo no son derechos sino situaciones de hecho, y ello justifica, según lo declarado por el Tribunal Constitucional en la mentada sentencia, que no se otorgue a los aprovechamientos incluidos obligatoriamente en el Catálogo la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro».

De ahí la importancia de la prueba. Lo subraya la propia STS 209/2019<sup>15</sup>. En la misma línea, la STS 517/2015<sup>16</sup>, remitiéndose a otras, insiste en que «las normas citadas hacen imprescindible acreditar el hecho del aprovechamiento con sus características y destino de las aguas». A mi juicio, esta doctrina debe matizarse en el sentido de que, cuando la inclusión en el catálogo se realiza por decisión judicial –y ya nos consta que esta es desde 2001 la única posibilidad legal, porque el catálogo está cerrado– no se trata solo de hechos sino de derechos reconocidos por el único orden jurisdiccional competente para ello: el civil.

La sentencia que comentamos da por supuesto el derecho al aprovechamiento, basándose en los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado y la Audiencia Provincial<sup>17</sup>. Hay que suponer, por ello, que el material probatorio aportado era suficiente.

<sup>14</sup> De 24 de enero de 2019 (recurso 2776/2015, ponente Cesar Tolosa Tribiño, FD 9).

<sup>15</sup> FD 9: «Aunque es cierto que el régimen jurídico del Catálogo al que se refiere esa Disposición Transitoria –que se mantiene en términos muy similares en la Disposición Transitoria Cuarta del actual Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, es diferente al del Registro de Aguas (Disposiciones Transitoria Segunda y Tercera de esos textos legislativos), ello no supone que la inclusión del respectivo aprovechamiento de aguas privadas en el Catálogo, de sus “características y aforo”, esté exenta de prueba, pues es necesaria esa acreditación y la misma debe ser llevada a cabo por la entidad solicitante».

<sup>16</sup> De 5 de febrero de 2015 (recurso: 345/2013, ponente Ramón Trillo Torres). Véase también la STS 6429/2012, de 27 de septiembre (recurso 3232/2009, ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FD 5, que se remite a otra de 5 de abril de 2011 (casación 1508/2007).

<sup>17</sup> «Tanto el juzgado como la Audiencia han estimado probado que el sondeo para la extracción de aguas subterráneas ya existía antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, que se ubica en la parcela 101 del polígono 2 del término municipal de Carpio, sus concretas características de profundidad, diámetro y caudal, así como la concreta exten-

Para concluir este análisis jurisprudencial, no podemos soslayar una cuestión que planea sobre el significado de estos aprovechamientos incluidos en el Catálogo. ¿Su objeto son aguas «privadas», como resulta literalmente de su denominación o se trata de derechos «privados» de aprovechamiento sobre aguas de dominio público?

## 5. ¿HAY TODAVÍA AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS?

La citada STS 3765/2020, de la Sala 3.<sup>a</sup>, tras explicar el significado del cierre del catálogo, en los términos antes reseñados (*supra* 3), afirma rotundamente que, desde la entrada en vigor de la LA, no hay aguas subterráneas privadas. Según la sentencia (cursiva no original):

Tras la entrada en vigor de la Ley del Plan Hidrológico esas potestades iniciales de la Ley de Aguas quedan palmariamente condicionadas a su acceso al Catálogo, porque no pueden existir sin ese reconocimiento que comporta dicha anotación. Es decir, la norma solo es admisible si se concluye que esa inclusión es el que legitima estos aprovechamientos de aguas privadas. No podrán existir más aguas privadas –*denominación errónea porque, como después se verá, ni estas son aguas privadas ni cabe después de la Ley de 1985 aguas privadas alguna, todas son públicas*–, tras la Ley de 2001, que las que estén incluidas en el Catálogo, con el añadido de que esa inclusión, transcurrido ese plazo de tres meses, solo podrá realizarse si existe una « resolución judicial firme.» (FD 2.º).

La frase en cursiva no es un desliz ni un *obiter dictum* sino el presupuesto de toda la argumentación. En efecto,

(...) desde la Ley de 1985 son públicas no solo las aguas subterráneas no incluidas en los aprovechamientos existentes sino también las incluidas en estos, de ahí que no exista un derecho con la amplitud que se quiere sostener por la defensa del originario recurrente.

(...) Pero el error de base del que se parte es considerar que el reconocimiento que se hace por la sentencia civil comporte que las aguas del mismo siguen siendo aguas privadas, como lo eran bajo la vigencia de la normativa existente antes de la entrada en vigor de la Ley de 1985. No es cierto. Desde la mencionada Ley todas las aguas, también las subterráneas –*las superficiales lo han sido siempre*– son públicas, sin excepción alguna, como se declaraba ya en el artículo 2 de aquella Ley. Y lo que se reconoce a los anteriores titulares de derechos de aprovechamientos de esas aguas subterrá-

---

sión del área regada con las aguas procedentes de dicho aprovechamiento, y la titularidad dominical sobre la indicada parcela del demandante y de sus causahabientes, que se remonta a una fecha también anterior a la entrada en vigor de la citada Ley de Aguas de 1985. También ha quedado probado que el citado aprovechamiento de aguas ha continuado en explotación desde su origen hasta la actualidad» (FD 5.1).

neas es, en palabras de la Disposición Transitoria Segunda de aquella Ley, *mantener la «titularidad», no del agua, sino de «sus derechos» de aprovechamiento, pero, insistimos, sobre aguas públicas*, es decir, sobre aguas ajenas a los particulares, a los propietarios de los fondos desde los que se ubica el aprovechamiento. El acuífero de donde se extrae el agua que legitima el derecho reconocido es ya, todo él, público y, por tanto, el derecho es a utilizar ese dominio público, no a patrimonializarlo (FD 3)<sup>18</sup>.

En resumen, *desde la Ley de 1985, todas las aguas son públicas, también aquellas a la que tienen derechos los titulares de aprovechamientos anteriores a la Ley, por lo que todas, también estas, están sujetas al régimen de utilización previsto legalmente*, que comporta la constancia de tales aprovechamientos y esa constancia es, en el régimen legal, la inclusión, cuando menos, en el Catálogo, por lo que el acceso a él de tales aprovechamiento es obligado, de tal forma que si no los instan los titulares, el Organismo de Cuenca puede y debe practicar de oficio su anotación<sup>19</sup>.

La STS 784/2021, de 2 junio, también de la Sala 3.<sup>a</sup> (casación 2335/2020, ponente Wenceslao Olea Godoy), reitera que «ya desde la Ley de Aguas de 1985, todas las aguas continentales son de dominio público, a diferencia de las denominadas aguas privadas que regían en el régimen anterior (art. 408 CC). El carácter público de las aguas se declara paladinamente en el artículo 2 del TRLA (...) sin perjuicio del régimen de aprovechamiento, que es una cuestión diferente de la titularidad» (FD 2.º)<sup>20</sup>.

Así, pues, según el TS, desde la entrada en vigor de la Ley 1985 las aguas subterráneas son públicas, «sin excepción alguna»<sup>21</sup>. Esta

<sup>18</sup> En apoyo de esta tesis se citan varios párrafos de la STC 227/1988, de 29 de noviembre. Entre ellos, el siguiente (FJ 12): «La Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, “congelándolos” en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Pero esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello solo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores (...) En definitiva, lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional. Ahora bien, desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman *ex lege* en aguas de dominio público, es lícito que, aun partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados solo puedan obtenerse mediante concesión administrativa».

<sup>19</sup> En mi opinión, esta última afirmación hay que entenderla referida a los supuestos de reconocimiento judicial del derecho, aunque el titular no inste la inclusión en el Catálogo. No significa que el Organismo de cuenca pueda incluir «de oficio» aprovechamientos, sin previa resolución judicial.

<sup>20</sup> La sentencia considera que también son públicas las aguas pluviales.

<sup>21</sup> Una posible excepción serían las aguas subterráneas «fósiles» o no renovables, que es un supuesto absolutamente marginal. Sobre el tema, véase ALEGRE ÁVILA, 1993, p. 169, que considera estas aguas bienes patrimoniales del Estado.

doctrina legal es novedosa, porque en sentencias anteriores la Sala 3.<sup>a</sup> seguía afirmando la existencia aguas privadas<sup>22</sup>. A mi juicio, aunque, a primera vista, pueda sorprender, es plenamente correcta. En los mismos términos se ha pronunciado en ocasiones la jurisdicción civil<sup>23</sup>. La Ley de Aguas de 1985 incluyó en el dominio público las aguas subterráneas renovables, pero respetó los derechos de aprovechamiento adquiridos con anterioridad, ofreciendo a sus titulares la alternativa a que hemos hecho repetida referencia. En la práctica, o Registro o Catálogo.

La declaración de dominio público aplicada a unas aguas que hasta entonces se consideraban *res nullius* y de las que se apropiaba el alumbrador, implicó la atribución al Estado de la competencia para regular el aprovechamiento y explotación por los particulares de esas aguas<sup>24</sup>. Ya no era facultad del propietario del suelo, como había dispuesto la Ley de Aguas de 1879 (art. 19) y el Código Civil (art. 417). Se respetaron los derechos de aprovechamiento adquiridos al amparo de la legislación anterior, pero «congelados» en cuanto a su contenido y sujetos al régimen general de utilización de las aguas públicas, en una situación análoga, aunque más favorable, a la de «fuera de ordenación» de la legislación urbanística<sup>25</sup>.

En otras palabras, conforme al régimen transitorio de la LA, lo que es «privado» es el derecho de aprovechamiento no el agua subterránea, que pasó a ser de dominio público por decisión del Legislador, respaldada por el TC. De ahí que sea equívoca la denominación

<sup>22</sup> Así, la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 16 de marzo de 2012 (casación 103/2009, ponente Mariano de Oro-Pulido López): (...) la naturaleza privada de las aguas alumbradas que arrastra, en los términos que acabamos de exponer, de la antigüedad del pozo y del aprovechamiento anteriores a la Ley de Aguas de 1985» (FD 9.<sup>o</sup>).

<sup>23</sup> Así, la SAP de Valladolid 67/2019 de 5 febrero (apelación 373/2018): «La Ley de Aguas de 1985, en su artículo 2, en el que regula el dominio público hidráulico del estado, incluye en él, apartado d) los acuíferos subterráneos a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. Catalogación como públicas, que obedece a la consideración del agua como un recurso unitario, no pudiendo distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, pues unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una idéntica naturaleza y función estando subordinadas al interés general. Todo ello lleva a la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, desapareciendo el derecho de apropiarse de ellas, que reconocía la Ley de 1879 a quien las alumbrase (...). La Disposición Derogatoria Primera de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1.985, señala que quedan derogados los artículos 407 a 425 CC en cuanto se opongan a lo establecido en la propia Ley, cuyo Preámbulo, como se ha señalado, se refiere a una sola calificación jurídica del agua como bien de dominio público estatal.» (FD 2.<sup>o</sup>). En contraste, la SAP de Ciudad Real 47/2017 de 13 febrero (apelación 394/2016) sigue en la línea tradicional de las aguas privadas: «(...) la declaración de dominio público de las aguas se hace «con las salvedades expresamente previstas en esta ley» (artículo 2), y entre dichas salvedades debe considerarse incluida la relativa a las aguas continentales, superficiales y subterráneas renovables, que seguirán siendo de dominio privado si tenían ya esa condición con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, en los términos de las disposiciones transitorias segunda y tercera» (FD 2.<sup>o</sup>).

<sup>24</sup> GALLEGO ANABITARTE, 1986, p. 418.

<sup>25</sup> GALLEGO ANABITARTE, 1986, pp. 411-412.

legal de Catálogo de aguas *privadas*. Lo eran antes de la LA. Tras la declaración de dominio público efectuada por ella, son derechos de aprovechamiento adquiridos en virtud de títulos de derecho privado (derechos reales), distintos de la concesión legal (los 7.000 m<sup>3</sup> del art. 54.2 TRLA) o administrativa. Su carácter transitorio o a extinguir se refleja en el régimen de utilización, que es inmutable por estar «congelado». En cuanto se quiera alterar, hay que pasar al régimen concesional. Cambia la naturaleza del derecho, no la del agua, que es siempre pública.

La STC 227/1988 respaldó la «congelación» del volumen o caudal utilizado. Según ella, el régimen transitorio de la LA «significa que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular» (FJ 12).

Son, pues, derechos de contenido patrimonial, que forman parte de un concepto amplio de propiedad, como es el que figura en el artículo 33 CE. Su objeto son aguas públicas, pero el título jurídico para su aprovechamiento es de derecho privado, en virtud del régimen transitorio de la LA, que regula situaciones a extinguir, pero sin fecha límite. Esta configuración del derecho no impide considerar que el alumbrador se «apropia» del agua (pública) extraída y la utiliza *uti dominus*, lo mismo que el titular de una concesión minera se apropia de los recursos extraídos. Precisamente, la declaración como dominio público de los recursos minerales tiene el mismo significado que la de las aguas subterráneas (reserva al Estado del control de la explotación)<sup>26</sup>. Si, en general, las concesiones demaniales atribuyen a su titular, durante su plazo de vigencia, «los derechos y obligaciones del propietario» (art. 97.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003), con mayor razón serán asimilables a la propiedad unos derechos de aprovechamiento vinculados a la propiedad de la tierra, pero eso no significa que el agua sea *privada*.

En resumen, desde 1985 son de dominio público todas las aguas que forman parte del ciclo hidrológico, incluidas la subterráneas renovables. No obstante, sobre esas aguas públicas subsisten derechos privados de aprovechamiento adquiridos con anterioridad a la Ley de Aguas. Para poder ejercitarse legalmente, esos derechos tienen que estar incluidos en el Catálogo de aguas privadas. Desde su cierre por la LPHN, la anotación solo puede hacerse en virtud de sentencia del orden jurisdiccional civil. Ambas Salas,

<sup>26</sup> GALLEGO ANABITARTE, 1986, p. 399.

la 1.<sup>a</sup> y la 3.<sup>a</sup> están plenamente de acuerdo al respecto, lo que garantiza la unidad de doctrina. Así lo pone de relieve la sentencia comentada, que refleja un conocimiento sobresaliente de la jurisprudencia contencioso-administrativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: «Naturaleza y régimen jurídico de las aguas subterráneas no renovables», *Revista de Administración Pública*, 1993, núm. 130, pp. 155-169.
- ALONSO COLOMER, Francisco: «El derecho transitorio desde la perspectiva del Legislador», en *Ley de aguas: análisis de la Jurisprudencia constitucional*, (coordinado por Armando Salvador), INAP, Madrid, 1990, pp. 119-131.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: «El régimen transitorio de la ley de aguas y los aprovechamientos preexistentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 2002, núm. 159, pp. 221-256.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia: *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de aguas)*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel, y DIAZ LEMA, José Manuel: *El Derecho de Aguas en España*, 2 tomos, MOPU, Madrid, 1986.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La génesis de la Ley de Aguas de 1985: problemas y objetivos», en *Treinta años de la Ley de Aguas de 1985*, (dirigido por Antonio Embid Irujo), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 15-55.
- MORELL OCAÑA, Luis: «Las titularidades de aguas privadas», *Revista de Administración Pública*, 2001, núm. 154, pp. 7-45.
- MOREU BALLONGA, José Luis: *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Universidad de Zaragoza, 1990.

# La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.<sup>a</sup> (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual

**ESTHER FARNÓS AMORÓS \***

Profesora Tenure-Track de Derecho civil  
Universitat Pompeu Fabra

## RESUMEN

*La STS, 1.<sup>a</sup> (Pleno), de 31 de marzo de 2022, se enfrenta de nuevo a la determinación de una filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución comercial celebrado en el extranjero. Pese a su alegato en contra de estos acuerdos en general y del que da origen al caso concreto, el TS deja finalmente la puerta abierta a que la filiación se establezca por la vía de la adopción. El presente trabajo analiza los argumentos que llevan al TS a estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, contrario a determinar la filiación materna por la posesión de estado. Si bien el rechazo del recurso a la posesión de estado merece una valoración positiva, el trabajo destaca algunas de las contradicciones en que incurre la sentencia y denuncia muy en particular la remisión a la adopción a partir de una interpretación forzada de sus reglas que, ni está permitida, ni es coherente con sus fundamentos. A la luz de dos asuntos recientes decididos por el TEDH, el trabajo propone una solución alternativa que es respetuosa con la legislación estatal sobre adopción y coherente con la fundamentación de la sentencia. Dicha solución constituye, además, un mayor desincentivo a las prácticas abusivas que pueden tener lugar en el marco de la gestación por sustitución transfronteriza.*

## PALABRAS CLAVE

*Gestación por sustitución transfronteriza comercial. Filiación. Madre de intención. Posesión de estado. Adopción. Tutela. Interés superior del menor.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación» (PID2021-123985NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

*Surrogacy again before the Supreme Court: The Plenary of the First Chamber ruling of 31 March 2022, as an example of the current dead-end*

### ABSTRACT

*The Spanish Supreme Court ruling, 1st Chamber (Plenary), of March 31, 2022, deals again with the establishment of parenthood resulting from a commercial surrogacy agreement concluded abroad. Despite its reasoning against these agreements in general and the specific one which leads to the case at stake, the Supreme Court finally leaves the door open to the establishment of parenthood through adoption. This paper analyzes the arguments that allow the Court to admit the appeal filed by the Public Prosecutor, against the establishment of parenthood in favor of the intentional mother based on the possession of status. Although the rejection of the use possession of status deserves a positive opinion, the paper highlights some of the contradictions in the judgement and, in particular, the reference to adoption based on a too forced interpretation of its rules which is not allowed, neither consistent with its reasoning. In the light of two recent cases decided by the ECtHR, the paper proposes an alternative solution which is respectful towards State law on adoption and consistent with the ruling's reasoning. In the end, such a solution also discourages abusive practices which can arise in the context of cross-border surrogacy.*

### KEYWORDS

*Cross-border commercial surrogacy. Parenthood. Intentional mother. Possession of status. Adoption. Guardianship. Best interests of the child.*

SUMARIO: I. El caso ante el Tribunal Supremo.—II. Consideraciones previas.—III. Gestación por sustitución comercial y derechos humanos.—IV. Determinación de la filiación resultante e interés superior del menor. 1. La remisión a la adopción. 2. Adopciones que fracasan. 3. El rechazo del recurso a la posesión de estado. 4. ¿Podía el Tribunal Supremo impedir el recurso a la adopción? Un análisis a la luz de dos pronunciamientos recientes del TEDH.—V. Reflexiones finales.—Bibliografía.—Índice cronológico de jurisprudencia.

## I. EL CASO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

La STS, 1.<sup>a</sup> (Pleno), de 31 de marzo de 2022<sup>1</sup>, con ponencia del magistrado Rafael Sarazá Jimena, se enfrenta de nuevo a la determinación de una filiación resultante de un acuerdo comercial de gestación por sustitución (en adelante, GS) celebrado en el extran-

<sup>1</sup> ECLI: ES: TS:2022:1153.

jero. La sentencia sigue la línea iniciada por la STS, 1.<sup>a</sup> (Pleno), de 6 de febrero de 2014<sup>2</sup>, confirmada por auto de 2 de febrero de 2015<sup>3</sup>, ambos con ponencia del mismo magistrado. Lo hace en un tono más contundente en contra de la GS comercial<sup>4</sup>, del que *a priori* podría inferirse que la madre de intención no podrá ver determinada la filiación a su favor. Sin embargo, como en su sentencia de 2014, el TS deja finalmente la puerta abierta a que la filiación se establezca por la vía de la adopción.

Los hechos que dan origen a la sentencia son los siguientes: Pedro Enrique nació en 2015 en el estado mexicano de Tabasco, después de que Aurelia, de 46 años y nacionalidad española, concertara un contrato comercial de GS con una agencia intermediaria, por el que otra mujer sería fecundada con embriones creados a partir de esperma y óvulos de donantes anónimos para llevar a cabo la gestación resultante. Conforme con la legislación tabasqueña<sup>5</sup>, dicho contrato fue formalizado notarialmente y ratificado ante un juzgado de dicho estado en un procedimiento judicial no contencioso. Tras el nacimiento, el menor, que conforme con la legislación tabasqueña constaba inscrito como hijo de Aurelia, viajó con esta a Madrid y ambos pasaron a residir en el hogar de los padres de Aurelia. Una vez en España, esta solicitó que el menor fuera inscrito como su hijo, lo que fue denegado por auto del Encargado del Registro Civil Central de 9 de febrero de 2017, que la remitió a la determinación judicial de la filiación o a la adopción.

En 2018 Luis Miguel, padre de Aurelia, demandó a su hija y al Ministerio Fiscal para que se declarara la filiación materna del menor respecto de Aurelia. Lo hizo al amparo del artículo 131 CC, que otorga acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado a «cualquier persona con interés legítimo», exceptuando el supuesto en que la filiación que se reclama contradiga otra legalmente determinada<sup>6</sup>. Aunque el artículo

<sup>2</sup> ECLI: ES: TS:2014:247. Me ocupé de la misma en FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, pp. 30-45. En aquella ocasión la filiación de los gemelos nacidos como consecuencia del acuerdo de GS celebrado en California no fue objeto de reconocimiento porque los cónyuges recurrentes, una pareja de hombres, no solicitaron ante el Registro Civil Consular español la inscripción de la filiación resultante de la sentencia extranjera que les declaraba padres. Por el contrario, tan solo aportaron los certificados expedidos por las autoridades californianas tras el nacimiento de los menores.

<sup>3</sup> ECLI: ES: TS:2015:335A. El auto rechazó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por los cónyuges recurrentes tras las sentencias del TEDH en los asuntos acumulados *Menesson y Labassee c. Francia*, a los que me refiero en el apartado IV.1.

<sup>4</sup> De «ardor guerrero» habla ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *La Ley*, 2022, p. 2.

<sup>5</sup> La analizo en el apartado siguiente.

<sup>6</sup> Si bien se desconoce por qué no ejercitó la acción Aurelia, quien estaba legitimada por el mismo artículo, su ejercicio por el padre de esta podría obedecer a una razón de tipo estratégico, consistente en evidenciar la posesión de estado. Como expongo en el apartado IV.3, ello fue decisivo para la Audiencia.

lo 766 LEC establece que en este tipo de procesos la demanda se interpondrá contra «las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación», el menor cuya filiación se reclamaba no fue parte en el proceso.

El JPI núm. 77 de Madrid, en sentencia de 19 de febrero de 2019, desestimó la demanda y remitió a Aurelia a la adopción. Luis Miguel interpuso recurso, al que Aurelia se adhirió y el Ministerio Fiscal se opuso. La Sec. 22.<sup>a</sup> de la AP de Madrid, en sentencia de 1 de diciembre de 2020<sup>7</sup>, lo estimó y, con base en la posesión de estado, declaró la filiación materna del menor a favor de Aurelia<sup>8</sup>. El Ministerio Fiscal recurrió en casación alegando que la sentencia infringía el artículo 131 CC *in fine*, en relación con el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), al considerar que el demandante carecía de legitimación para interponer la acción de filiación, puesto que la filiación materna reclamada contradecía otra legalmente determinada<sup>9</sup>. Puesto que el demandante falleció durante el proceso, Carmen, su viuda, sucesora *mortis causa* y madre de Aurelia, solicitó la desestimación del recurso, que a su vez fue impugnado por su hija. El TS estima el recurso, casa la sentencia de la AP y confirma la del Juzgado.

En los apartados siguientes analizo los argumentos que conducen al TS a estimar el recurso. Si bien el rechazo de la acción judicial para determinar la filiación materna a partir de la posesión de estado merece, como argumentaré, una valoración positiva, a lo largo del trabajo destaco algunas de las contradicciones en que incurre la sentencia. Por su temática, la misma ha tenido una repercusión mediática importante y ha sido recibida con especiales elogios por parte de quienes se oponen a la GS<sup>10</sup>. En cierto modo, ello ya evidencia el carácter desconcertante de su fallo que, tras una crítica enconada del acuerdo en particular y de la GS comercial en general, acaba permitiendo que por la vía de la adopción se establezca la filiación a favor de la madre de intención. Con ello, se legitima lo que, en palabras del Tribunal, es una «venta de niños»

<sup>7</sup> ECLI: ES: APM:2020:14547.

<sup>8</sup> Crítica con esta sentencia, cuestionando la determinación de la filiación a partir de la posesión de estado, la legitimación activa del demandante-recurrente y la falta de representación del menor en el proceso, QUICIOS MOLINA, 2021a, pp. 314-315.

<sup>9</sup> Esto es, la de la gestante, pese a que conforme con la legislación tabasqueña solo Aurelia tenía determinada la filiación materna respecto del menor: *vid.* apartado siguiente.

<sup>10</sup> «El Supremo carga contra la gestación por sustitución: «daña al menor y explota a la mujer»», *lavanguardia.com*, 05.04.2022; «Habla la madre de la sentencia del Supremo contra la gestación subrogada: «Me ponen como una secuestradora de niños»», *elmundo.es*, 19 de abril de 2022 (último acceso: 20 de mayo de 2022).

(FD 3.º5) y una «explotación de la mujer» (FD 3.º12). En el trabajo defiende que el pronunciamiento podía haber sido otro, más coherente con la legislación estatal sobre adopción, con la propia doctrina del TS y con la más reciente jurisprudencia del TEDH.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS

El caso suscita varias cuestiones relevantes para su análisis en contexto. Aurelia accedió a la GS en el estado mexicano de Tabasco, el único –junto con Sinaloa– que ha legislado en materia de GS. La legislación tabasqueña sobre GS sufrió cambios importantes en 2016, justo después de que Aurelia recurriera a la misma.<sup>11</sup> Ya desde antes de dicha reforma la legislación tabasqueña considera que la GS genera un vínculo de filiación respecto de los progenitores de intención a través de un doble procedimiento notarial y jurisdiccional<sup>12</sup>. Si bien Aurelia era, de acuerdo con la legislación tabasqueña, la madre del menor y existía una resolución judicial que así lo acreditaba, su filiación no pudo ser reconocida en España conforme con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>13</sup> de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>14</sup>, porque esta descansa en la existencia de un padre de

<sup>11</sup> *Vid.* Decreto 265, publicado en el periódico oficial del estado el 13 de enero de 2016, por el cual se adiciona al CC para el estado de Tabasco de 1997 (en adelante, CCT) un capítulo denominado «De la gestación asistida y subrogada», disponible en: [http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654\\_sup.pdf](http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf) (último acceso: 17 de junio de 2022).

<sup>12</sup> El procedimiento de transferencia de la filiación no ha sufrido cambios sustanciales: así, tras su formalización ante notario los acuerdos de GS «sustituta», como el que Aurelia suscribió, en los que la madre gestante no aporta su material genético, deben ser aprobados por la autoridad judicial competente, en un procedimiento de jurisdicción no contencioso (art. 380 Bis 5 CCT). Cfr. con los acuerdos de GS «subrogada» (art. 380 Bis 2 CCT), en los que la madre gestante aporta también su material genético y en los que la transferencia de la filiación de la madre gestante a la de intención se produce a través de la adopción plena, aprobada por la autoridad judicial competente (art. 380 Bis 6. II CCT). *Vid.* también SOSA PASTRANA, 2022, pp. 248-252. La modalidad de GS «subrogada» constituye a día de hoy una excepción, ya que la mayoría de ordenamientos que permiten la GS exigen, por diversas razones a menudo relacionadas con la necesidad de desincentivar posibles cambios de opinión en la gestante, que esta no aporte su material genético: *vid.* FARNÓS AMORÓS, 2021, pp. 149-150.

<sup>13</sup> En adelante, DGRN. Actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

<sup>14</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre. Conforme con la Instrucción, a los efectos del reconocimiento de la resolución judicial extranjera debe controlarse su regularidad y autenticidad formal; que la competencia judicial internacional del tribunal de origen esté basada en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; que se hayan garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; y que la resolución judicial sea firme y los consentimientos prestados irrevocables (de estar sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legisla-

intención con un vínculo biológico con el nacido que pueda ejercer la acción de reclamación de la paternidad conforme a las reglas generales<sup>15</sup>. Al haber Aurelia accedido en solitario a la GS, su filiación materna solo podía venir determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA), lo que impedía el reconocimiento en España de la resolución judicial tabasqueña que la declaraba madre.

Si bien desde la reforma legal de 2016 los requisitos de acceso a la GS en Tabasco son más exigentes, algunos han sido declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>16</sup>. Este es el caso del requisito según el cual los progenitores de intención deben ser una pareja formada por personas de distinto sexo<sup>17</sup>; del que establece que la madre de intención debe tener entre 25 y 40 años (art. 380 Bis 5. III CCT) y acreditar una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero (arts. 380 Bis 1 y 380 Bis 5. III CCT), extremos que no se exigen al padre de intención; o del que impone que las partes del acuerdo sean «ciudadanos mexicanos» (art. 380 Bis 5. I CCT), en la línea iniciada por otros ordenamientos que también se habían convertido en principales destinos en materia de GS comercial transfronteriza, como es el caso de Tailandia, en 2015, o India, en 2016<sup>18</sup>. Aunque la Suprema Corte consideró razonable esta última restricción, la medida se juzgó desproporcionada respecto de

---

ción extranjera aplicable, se exige que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado). La Instrucción fue dejada sin efecto por la del mismo órgano de 14 de febrero de 2019, que no llegó a publicarse en el BOE y que fue a su vez dejada sin efecto por la de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 45, 21 de febrero de 2019), de modo que la vigencia de la de 2010 se mantuvo. La Instrucción de 2019 constituye una reacción a la práctica habitual de países donde la filiación resultante a favor de los progenitores de intención no consta en resolución judicial (por ejemplo, Ucrania antes del conflicto bélico), consistente en permitir la inscripción de la filiación paterna mediante prueba de ADN que acreditara el vínculo genético y posterior adopción respecto del otro progenitor de intención: *vid.* QUICIOS MOLINA, 2021b, p. 192.

<sup>15</sup> Así resulta del párrafo séptimo de la citada Instrucción, según el cual: «El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución».

<sup>16</sup> *Vid.* acciones de inconstitucionalidad 16/2016 y 129/2019, referenciadas por SOSA PASTRANA, 2022, pp. 252-253 y 262-263.

<sup>17</sup> Aunque el texto legal no lo establece expresamente, ello se deduce de varios de sus preceptos: *vid.* artículos 380 Bis, 380 Bis 1, 380 Bis 3, apartados V y VI, 380 Bis 5 y 380 Bis 7 CCT. Las referencias de varios preceptos al «padre y la madre contratantes» excluiría a las parejas del mismo sexo del acceso a la GS.

<sup>18</sup> Como advierte un autor, las restricciones legales aprobadas en estos países respecto de extranjeros y parejas del mismo sexo motivó que cada vez más personas viajaran a Tabasco para acceder a GS, lo que explica la consiguiente necesidad de desincentivar la GS transfronteriza en dicho estado: *vid.* SOSA PASTRANA, 2022, pp. 252-253 y 262. Análisis en detalle estos y otros ordenamientos en FARNÓS AMORÓS, 2021, pp. 180-182.

los extranjeros residentes legalmente en México<sup>19</sup>. Junto con estos requisitos se exige además que la gestante geste un embrión fecundado con gametos «de la pareja o persona contratante» (art. 380 Bis 2. II CCT)<sup>20</sup>. La nueva regulación sigue sin pronunciarse sobre el carácter comercial o altruista de la GS, a diferencia del Código Familiar de Sinaloa, que sí regula expresamente la «subrogación onerosa». Dicho silencio se interpreta como una autorización implícita de la contraprestación, bajo el principio de que lo que no está expresamente prohibido, está permitido<sup>21</sup>.

Ya en el plano interno, la edad de Aurelia en el momento del nacimiento (recordemos, 46 años) le impedía *ab initio* iniciar en España un procedimiento judicial de adopción para establecer su filiación materna respecto del menor, dada la diferencia de edad entre ambos. Ello es así porque, además del requisito de que el adoptante –salvo si son dos– tenga al menos 25 años, el artículo 175.1 CC establece que la diferencia de edad entre adoptante y adoptando no puede superar los 45 años. Se excepcionan los casos en que el adoptando lleve más de un año en guarda con fines de adopción o bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo, en los términos del artículo 176.2.3.<sup>a</sup> CC, que son algunos de los casos en los que no es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública para iniciar el expediente de adopción. Este precepto será clave para el análisis de la sentencia, por lo que me detendré en él en el apartado IV.1. El requisito de la diferencia máxima de edad, introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (en adelante, LPIA), se considera una novedad razonable en tanto que pretende asegurar un cuidado eficaz del adoptando<sup>22</sup>.

Antes de entrar a analizar la que es la cuestión principal del recurso (esto es, la determinación de la filiación resultante del acuerdo de GS), la sentencia dedica casi una tercera parte de su extensión a reproducir las cláusulas del contrato de GS suscrito entre las partes (FD 1.º2), entre ellas la que establece que: «La gestante sustituta no tendrá, ni tratará de tener relación con el niño...»; la que considera que esta «renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas

<sup>19</sup> Vid. SOSA PASTRANA, 2022, p. 263.

<sup>20</sup> No obstante, conforme con lo apuntado en nota 12, personas en la situación de Aurelia tendrían todavía la posibilidad de acceder a un acuerdo de GS subrogada.

<sup>21</sup> Vid. SOSA PASTRANA, 2022, pp. 256-257. Si bien tras la reforma de 2016 la legislación tabasqueña considera nulo el acuerdo en el que «Intervengan agencias, despachos o terceras personas» (art. 380 Bis 4. IV CCT), también este requisito fue impugnado exitosamente ante la Suprema Corte por violar el derecho al trabajo y al comercio contenidos en la Constitución: vid. SOSA PASTRANA, 2022, p. 268.

<sup>22</sup> LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 175 CC», 2016, p. 3.

que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre»; la que la obliga a «permanecer 3 (tres) días en cama después de la transferencia de embriones»; la que le impide «salir de México durante la vigencia del presente acuerdo»; o la que le impone «someterse a una cesárea para el nacimiento del niño, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal». Se trata de un contrato que puede causar rechazo incluso entre los favorables a una regulación permisiva de la GS. Dicho rechazo puede ir en aumento ante cláusulas como la que dispone que: «La gestante sustituta está de acuerdo en que solo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro», o ante la que establece que: «En caso de que la gestante sustituta se someta a 2 (dos) ciclos o más de fertilización in vitro y esta no llegase a quedar embarazada, no habrá compensación», como si la consecución del embarazo tras un proceso de fecundación «in vitro» tuviera algo que ver con la voluntad de la madre gestante, a quien se penaliza<sup>23</sup>.

Una vez presentado el contrato, el pronunciamiento del TS se desarrolla en torno a dos líneas argumentales que son objeto de análisis en los apartados siguientes: una primera, que podríamos decir que es la consecuencia lógica de un acuerdo de GS como el transcrito, según la cual «La gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos» (FD 3.º); y una segunda, centrada en «La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución» (FD 4.º). En esta segunda el TS dedica sus últimos esfuerzos a la determinación de la filiación resultante a favor de la madre de intención, cuestión en la que se centra el grueso del trabajo.

### III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMERCIAL Y DERECHOS HUMANOS

En consonancia con su sentencia de 6 de febrero de 2014 y auto de 2 de febrero de 2015, el TS reitera que la pretensión de reconocer la filiación resultante de un acuerdo de GS comercial celebrado en el extranjero es «manifiestamente contraria» al orden público español (FD 3.º1). El TS fundamenta dicha contrariedad en el pro-

<sup>23</sup> He analizado críticamente estas y otras cláusulas tan frecuentes en los acuerdos de GS comercial, en FARNÓS AMORÓS, 2021, pp. 153-157. *Vid.* también MÚRTULA LAFUENTE, 2021, pp. 362-367.

pio artículo 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de GS y que la filiación materna del nacido se determinará por el parto; a lo que añade que «el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte» (FD 3.º2). Tras la cita del Informe del Comité de Bioética de España (en adelante, CBE) sobre la GS<sup>24</sup>, el TS concluye que «Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad» (FD 3.º7).

El TS sigue partiendo de la base según la cual todo acuerdo de GS comercial es contrario al orden público español. Como ya defendí con motivo del análisis de su sentencia de 2014<sup>25</sup>, dicha asunción difícilmente puede mantenerse, entre otras razones porque el ordenamiento español cuenta con una norma, el artículo 10 LTRHA, que declara nulo de pleno derecho todo acuerdo de GS, a la vez que permite determinar la filiación resultante respecto del padre biológico. Este precepto contiene una ley de policía contractual que permite a la autoridad judicial española separar la cuestión de la eficacia jurídica del acuerdo de GS de la cuestión jurídica de la filiación del menor<sup>26</sup>. En consecuencia, si bien en el supuesto que nos ocupa el TS da un paso más respecto de su sentencia de 2014 y descende al caso concreto para concluir que el contrato suscrito en Tabasco vulnera el orden público español, esta línea argumental debía haber sido obviada. Toda vez que la decisión de la autoridad extranjera no cumple las condiciones de reconocimiento<sup>27</sup>, debe ser la autoridad española competente la que determine la filiación<sup>28</sup>. En definitiva, el acuerdo en sí no era motivo de recurso (no lo podía ser, en tanto que carece de eficacia en España) y solo lo era la determinación de la filiación resultante<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> CBE, 2017, pp. 1-92.

<sup>25</sup> FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, pp. 36-37.

<sup>26</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, *InDret*, 2017, p. 207.

<sup>27</sup> *Vid.* apartado II.

<sup>28</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, *InDret*, 2017, p. 207.

<sup>29</sup> En este sentido, en relación con la STS de 2014, *vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, *InDret*, 2017, p. 208: «el contrato no puede ser el objeto del reconocimiento. Ni ha de ser, por lo mismo, el obstáculo al mismo». Al carecer de eficacia en España, el acuerdo de GS no determina la filiación respecto de los progenitores de intención, sino que esta se determina por una decisión de la autoridad pública extranjera conforme a ley. Así, si bien la ley de policía contractual afecta al acuerdo de GS, no cierra la puerta a un posible reconocimiento (condicionado) de la decisión relativa a la filiación dictada por la autoridad pública extranjera, conforme a ley y al interés superior del menor, en tanto que el principio de la indisponibilidad de la filiación es un principio de orden público internacional español. El limitar el método del reconocimiento a la decisión relativa a la filiación trata de evitar toda idea de

Pese a lo anterior, el TS afirma que «Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.» (FD 3.º)<sup>30</sup>. A ello añade que «el *futuro niño* (énfasis añadido), al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato» (FD 3.º). Estas afirmaciones resultan falaces tanto desde la posición de la «madre gestante», como del «niño a gestar». En relación con la primera, a la afirmación según la cual la GS es, en sí misma, contraria a su dignidad, puede objetarse que no implica, *per se*, tratarla como un objeto<sup>31</sup>. La referencia al «niño a gestar» parte de un planteamiento generalista que casa mal con el principio del interés superior del menor, cuya correcta valoración debe ir siempre referida a un menor concreto<sup>32</sup>. Además, desde un punto de vista filosófico la alusión al «futuro niño» siempre queda vacía de contenido ante una objeción basada en sus mejores intereses, pues ello implica, o bien no traerle al mundo, o bien traer al mundo a un individuo distinto<sup>33</sup>. Finalmente, la objeción según la cual se le priva del derecho a conocer los orígenes no deja indiferente en un ordenamiento como el español que ya desde 1988 parte de la regla general del anonimato del donante de gametos (art. 5.5 LTRHA), cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC (Pleno) 116/1999, de 17 de junio<sup>34</sup>.

que el menor puede ser considerado objeto del contrato: *vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, *InDret*, 2017, en especial pp. 205-207, 209 y 238-240. En el mismo sentido, en relación con la sentencia que aquí se comenta, ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ, *La Ley*, 2022, pp. 3 y 5.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, aunque en términos generales, se había pronunciado la mencionada STS de 2014 (FD 3.6.º).

<sup>31</sup> Por todos, GALLOWAY, 2016, pp. 24-28. En palabras de ATIENZA, «no basta con señalar que esa práctica supone tratar instrumentalmente a un ser humano (¿qué contrato de trabajo no supone eso?), sino que habría que probar que implica *necesariamente* tratar a la mujer gestante solamente como un medio. Pero esto es algo que nadie, o casi nadie, parece pensar»: *vid.* ATIENZA, *elpais.com*, 4 de mayo de 2017 (último acceso: 18 de junio de 2022). En la misma línea se pronunció la sentencia del TC de Portugal (Pleno) 225/2018, de 24 de abril, que pese a declarar inconstitucionales varios preceptos de la reforma que debía legalizar la GS en el país, la consideró admisible a título excepcional, puesto que favorece bienes constitucionalmente protegidos (FD 27 *in fine*) y no viola, *per se*, la dignidad de la madre gestante ni la del nacido: *vid.*, en particular, sus FFDD 29 y 32 *in fine*. Tras varios vaivenes legislativos, la GS fue finalmente aprobada en Portugal por Ley núm. 90/2021, de 16 de diciembre de 2021 (*Diário da República*, núm. 242, 16 de diciembre de 2021), en vigor desde el 1 de enero de 2022: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-2021-175983728> (último acceso: 23 de junio de 2022).

<sup>32</sup> GARCÍA RUBIO, *AJI*, 2020, p. 12.

<sup>33</sup> *Vid.* PARFIT, 1984, pp. 358-359. En relación con la GS en particular, *vid.* PRESNO LINERA, 2021, pp. 124-125. Una cuestión distinta es el análisis –no en abstracto, sino desde una perspectiva *ex post*– del interés del menor nacido de un contrato de GS, de lo que se han ocupado, entre otros, BENAVENTE MOREDA, *RGDC*, 2020, pp. 1-64.

<sup>34</sup> BOE núm. 162, de 8 de julio. La objeción llama la atención conforme al derecho vigente, por mucho que cada vez más sectores aboguen por una profunda revisión de dicha

#### IV. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESULTANTE E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

##### 1. LA REMISIÓN A LA ADOPCIÓN

Tras las afirmaciones en contra de la GS comercial reproducidas en el apartado anterior y contenidas en el Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños que la sentencia transcribe<sup>35</sup>, un lector desinformado espera que el TS ni tan solo entre a valorar la posibilidad de establecer un vínculo legal entre la madre de intención y el menor. A esta expectativa totalmente infundada, porque como ya se ha puesto de relieve la determinación de la filiación era el único motivo del recurso, contribuye también la cita del dramático caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, resuelto por el TEDH el 24 de enero de 2017<sup>36</sup>, en que la Gran Sala revocó la sentencia de la Sec. 2.<sup>a</sup> y confirmó la decisión de las autoridades italianas de separar a un niño de ocho meses de sus progenitores de intención, dos cónyuges italianos de distinto sexo que no mantenían vínculo genético alguno con el mismo y que habían accedido a GS comercial en Rusia<sup>37</sup>. En el caso que nos ocupa, desde poco después de su nacimiento en 2015 el menor se encontraba en España bajo la guarda de hecho de su madre de intención, lo que fue relevante para que los tribunales españoles entraran a conocer la filiación resultante del acuerdo comercial de GS.

Tras todo un argumentario sobre los riesgos de la GS comercial que ocupa más de diez páginas de una sentencia de poco más de trece, en el FD 4.º2 el TS afirma que: «En el litigio que ha dado lugar al presente recurso, la cuestión se plantea desde otro punto de

---

regla general, en coherencia con la tendencia a la supresión del anonimato del donante que se constata en derecho comparado y a las recomendaciones formuladas al respecto: *Vid.*, entre otras, CE, 2019, pp. 1-2; CBE, 2020, pp. 1-54; CBC, 2016, pp. 1-30. Una visión general y actualizada en FEMENÍA LÓPEZ, 2021, pp. 197-241.

<sup>35</sup> «La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos» (FD 3.11.º).

<sup>36</sup> JUR 2017/25806.

<sup>37</sup> La Gran Sala consideró que no había existido interferencia en la vida familiar de los cónyuges Paradiso y Campanelli y declaró justificada la injerencia en su vida privada, puesto que: «Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de convertirse en sus padres adoptivos, hubiese sido equivalente a legalizar la situación creada por aquéllos contraviniendo importantes normas de derecho italiano» (FD 215). Traducción de la autora, en FARNÓS AMORÓS, *RBD*, 2017, pp. 231-242.

vista, pues lo que se pretende no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjera, sino la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española». La evidencia según la cual el menor se encuentra en España, totalmente integrado en un núcleo familiar *de facto* es lo que, en palabras del TS, debería permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con su propia jurisprudencia y la del TEDH (FD 4.º). A continuación, y tras aludir a que en el ordenamiento español el artículo 10.3 LTRHA permite determinar la filiación respecto del padre biológico, en relación con la madre de intención remite a la adopción: «Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción.» (FD 4.10.º). Para ello, el TS se apoya en la opinión consultiva de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019, emitida a petición de la *Cour de Cassation* francesa<sup>38</sup> a raíz de la sentencia del TEDH en el asunto *Menesson c. Francia*, de 26 de junio de 2014<sup>39</sup>. Una vez admitido en este asunto y en su homólogo *Labassee c. Francia*, de la misma fecha<sup>40</sup>, que el no reconocimiento por el Estado francés de la relación de filiación entre las menores y sus progenitores de intención (en ambos casos, el padre biológico y su esposa) era contrario al derecho de las primeras al respeto por su vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH (FD 100), se planteaba ante el TEDH cuál debía ser la forma de reconocer, en el derecho interno, la relación de filiación entre un menor y la madre de intención sin vínculo genético con el mismo pero que es madre legal conforme a la legislación extranjera. Para el TEDH, lo relevante en estos casos es que exista alguna forma de reconocimiento de la filiación en el derecho interno, puesto que el derecho del menor a su vida privada familiar no requiere que dicho reconocimiento adopte una forma específica. Al respecto, el TEDH considera que el artículo 8 CEDH no impone una obligación general a los Estados de reconocer *ab initio* la filiación entre el menor y la madre de intención (FD 52). En consecuencia, más allá de la posibilidad de reconocimiento de la inscripción del certificado de nacimiento, los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para confiar en otros medios, tales como la posesión de estado o la adopción, siempre que la relación entre el menor y la madre de intención se vea posibilitada dentro de un

<sup>38</sup> Solicitud núm. P16-2018-001.

<sup>39</sup> JUR 2014\176908. Una revisión actualizada de la jurisprudencia del TEDH a partir de dicho caso en MÚRTULA LAFUENTE, *CDP*, 2022, pp. 146-148, y 2022, pp. 3428-3437 FARNÓS AMORÓS, *en prensa*.

<sup>40</sup> JUR 2014\176905.

plazo razonable de tiempo, para evitar con ello una situación de incertidumbre jurídica en el menor (FFDD 53-55)<sup>41</sup>.

Pese a que no se ha planteado todavía ante el TEDH ningún caso de un único progenitor de intención sin vínculo genético con el nacido, en principio nada debería impedir extrapolar también a estos casos<sup>42</sup>, la doctrina del TEDH cuando existe un menor cuyo interés debe prevalecer<sup>43</sup>. Quizás ello explica que el TS, cuando remite a la adopción, base su decisión en la Opinión del TEDH de 2019. Si, como afirma el propio TS, «las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el artículo 176.2.3.º del Código Civil» (FD 4.º12), es fácil pensar que en el caso la adopción del menor por parte de la madre de intención acabará prosperando.

Ahora bien, no puede pasar por alto que en el caso el TS remite a la adopción a partir de una interpretación controvertida de la legislación que la regula, al considerar que la diferencia máxima de edad para adoptar es un obstáculo salvable. Para ello invoca el artículo 237 CC, dando a entender que la madre de intención es una guardadora de hecho, y el artículo 176.2.3.º CC (FD 4.º13), referido al adoptando que lleva «más de un año en *guarda con fines de adopción*» o que ha estado «bajo *tutela* del adoptante por el mismo tiempo» (énfasis añadidos). Al forzar al máximo la interpretación de un precepto que no está pensado para casos como el que nos ocupa, el TS evidencia su interés en salvar la situación. No obstante, la equiparación entre la guarda de hecho, la guarda con fines de adopción y la tutela plantea muchas dudas. Así, si bien podemos aceptar que la madre de intención es, en relación con el menor, una guardadora de hecho, esta situación no se encuentra entre las dos

---

<sup>41</sup> Con posterioridad el caso *D. c. Francia*, de 16 de julio de 2020 (ECLI: CE: ECHR:2020:0716JUD001128818), en relación con un acuerdo de GS comercial celebrado en Ucrania también por dos cónyuges franceses de distinto sexo, planteó ante el TEDH si la imposibilidad por parte del Estado francés de establecer, por la vía del reconocimiento de la inscripción del certificado de nacimiento, la filiación entre la madre de intención que tenía vínculo genético con la menor y esta, era contraria al artículo 8 CEDH, a lo que el TEDH contestó confirmando su Opinión de 2019. En consecuencia, la ausencia de transcripción de las actas de nacimiento en lo que se refiere a la madre genética tampoco constituye en sí misma una violación del artículo 8 CEDH en lo que atañe a la vida personal y familiar de la menor, siempre que se proporcione otra vía interna para acreditar la relación de filiación entre ella y su madre de intención. Como apuntó el Tribunal, esa vía puede ser la adopción, en especial teniendo en cuenta la verosimilitud de su éxito y su duración media de 4,1 meses en Francia: un análisis en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *RDC*, 2021, pp. 193-219.

<sup>42</sup> Análizo esta cuestión en el punto 4.

<sup>43</sup> En el mismo sentido, antes de la sentencia que nos ocupa, QUICIOS MOLINA, *RDP*, 2019, p. 15, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *RDC*, 2021, p. 210.

que, conforme al artículo 176.2.3.º CC en relación con el artículo 175.1 CC, permiten excepcionar la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptando, que son únicamente la guarda con fines de adopción y la tutela. Antes de la reforma introducida por la LPIA en 2015 la norma hacía referencia al «acogimiento preadoptivo» y a la tutela, también por el mismo plazo mínimo de un año. La sustitución del acogimiento preadoptivo por la guarda con fines de adopción es coherente con la referencia del artículo 176bis CC a esta última figura. Sin embargo, tanto el acogimiento preadoptivo de la normativa anterior como la guarda con fines de adopción y la tutela de la normativa vigente son instituciones jurídicas que no se corresponden con una situación de guarda de hecho como la que existía en el caso<sup>44</sup>. Es por ello que algunas Audiencias que se han enfrentado a casos similares, entre ellas la casada por el TS, han descartado el establecimiento de la filiación por la vía de la adopción y en su lugar la han determinado con base en la posesión de estado. En estas sentencias, y en particular en el recurso a la posesión de estado como vía para determinar la filiación resultante de una GS cuando, como en el caso, no existe ningún tipo de vínculo genético entre el nacido y el o los progenitores de intención, me detengo en el punto 3.

## 2. ADOPCIONES QUE FRACASAN

El caso analizado es solo uno más entre todos los que acceden a los tribunales españoles para que la filiación respecto del progenitor o progenitores de intención se establezca mediante adopción. Y si bien en muchos de estos casos la adopción acaba prosperando<sup>45</sup>,

<sup>44</sup> Así puede inferirse también de LÓPEZ MAZA, «Artículo 176 CC», 2016, pp. 9-10.

<sup>45</sup> Entre los más recientes, *vid.* los AAPP Barcelona, Sec. 18.ª, de 11 de febrero de 2020 (ECLI: ES: APB:2020:1175A), que en contra del criterio del Juzgado decretó la adopción, por parte del marido del padre biológico, de dos menores gestadas en México, una vez acreditado el asentimiento del marido y de la madre gestante, quien lo confirmó ante el Juzgado por videoconferencia; Barcelona, Sec. 18.ª, de 28 de septiembre de 2020 (ECLI: ES: APB:2020:7928A), que no aprecia impedimento para dar curso a la adopción solicitada por la demandante respecto de dos niñas concebidas a partir del recurso a la GS (no constan más datos); León, Sec. 2.ª, de 21 de diciembre de 2020 (ECLI: ES: APLE:2020:1708), en que pese a la oposición del Ministerio Fiscal se acabó estableciendo la filiación adoptiva de dos menores gestados en Ucrania por parte de la esposa del padre biológico; Barcelona, Sec. 18.ª, de 26 de julio de 2021 (ECLI: ES: APB:2021:7631A), que accede a la adopción solicitada por la esposa del padre biológico, una vez prestado el asentimiento de la madre gestante ante la autoridad judicial; y SAP Madrid, Sec. 22.ª, de 11 de octubre de 2021 (ECLI: ES: APM:2021:12237), que –en contra del criterio del Juzgado– considera conformes al orden público español las adopciones solicitadas por dos cónyuges masculinos respecto de dos menores concebidas mediante GS en EE. UU. en 2018 e hijas biológicas de cada uno.

no todos corren la misma suerte<sup>46</sup>. Así, por ejemplo, el AAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2018<sup>47</sup>, entendió que no se cumplían los requisitos para que el hombre que convivía en pareja estable con el padre biológico pudiera adoptar a los hijos de este (art. 235-32.1, letra *a*, CCCat), gestados en Tailandia, puesto que la madre gestante no fue parte en el procedimiento ni compareció en el mismo a los efectos de asentir a la adopción transcurridas seis semanas desde el parto, tal como exige el artículo 235-41.2 CCCat (FD 5.2.<sup>o</sup>)<sup>48</sup>.

Más allá de los casos de falta de los asentimientos necesarios, existen otros en que la adopción no ha prosperado por la falta de consentimiento del padre biológico, ya separado de hecho de la madre de intención<sup>49</sup>. La adopción conjunta por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 175.4 CC) exige el consentimiento de ambos adoptantes (art. 177.1 CC), un requisito que difícilmente concurrirá sobrevenida la ruptura de la relación. Aunque la ruptura previa a la propuesta de adopción no impide que esta prospere si concurren las circunstancias del artículo 175.5 CC (esto es, que el adoptando se encuentre en situación de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción respecto de ambos cónyuges o convivientes durante al menos dos años anteriores a la propuesta), el éxito de la adopción sigue supeditándose al consentimiento conjunto.

En otros casos el obstáculo a la adopción ha sido la aplicación del artículo 175.3.1.<sup>o</sup> CC, el cual prohíbe adoptar a un descendiente. Se trata, no obstante, de una aplicación incorrecta del artículo, en cuanto la filiación a favor del padre de intención que consta en un certificado de nacimiento extranjero no tiene efectos en Espa-

<sup>46</sup> Un análisis en detalle en QUICIOS MOLINA, 2021b, pp. 202-205, y MÚRTULA LAFUENTE, *AJI*, 2022, pp. 3447-3449.

<sup>47</sup> ECLI: ES: APB:2018:6494A.

<sup>48</sup> Tanto este precepto como su homólogo, el artículo 177.2.2.<sup>o</sup> IV CC, solo requieren que la madre biológica preste su asentimiento transcurridas seis semanas desde el parto, y no incluyen referencia alguna a la forma de prestación de dicho asentimiento ni a la autoridad ante la cual debe prestarse. En la práctica, se admite que se preste por videoconferencia (*vid.*, por ejemplo, el AAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, de 11 de febrero de 2020, citado en nota 45), puesto que lo esencial es su ratificación ante la autoridad judicial española: *vid.* PEREDA GÁMEZ, 2022, p. 19.

<sup>49</sup> Ello sucedió, por ejemplo, en los casos que dieron lugar a los AAPP La Rioja, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 2 de mayo de 2017 (ECLI: ES: APLO:2017:229A), y Asturias, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 24 de julio de 2018 (ECLI: ES: APO:2018:987A). *Cfr.* con el caso resuelto por el AAP Soria, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2018 (ECLI: ES: APSO:2018:150A), en que pese a la oposición del padre biológico, expareja de la madre de intención, la adopción a favor de esta sí prosperó en atención a las circunstancias concurrentes, de las que resultaba que la madre de intención era quien tenía la custodia del menor y quien desde su nacimiento le había propiciado los cuidados extremos que requería por motivos de salud.

ña, por lo que no puede interpretarse que se pretende adoptar a un descendiente<sup>50</sup>.

En la posibilidad de que la adopción pueda fracasar late un intento, por parte de la STS de 31 de marzo de 2022, de dificultar el proceso a la madre de intención, un «aviso a navegantes» o, en otras palabras, un desincentivo a la GS comercial<sup>51</sup>. En el caso concreto, por mucho que la adopción no requiriera propuesta previa de la entidad pública (recordemos que el TS encuadró el supuesto en el art. 176.2.3.ª CC), la misma sigue supeditándose a los consentimientos, asentimientos y audiencias que exige la ley (art. 177 CC), en el marco de una resolución judicial, la cual deberá ponderar el interés del adoptando y la idoneidad de la adoptante (art. 176.1 CC). En el carácter no automático de la adopción y la incertidumbre que ello genera fundamenta el TS la remisión a la misma. Así resulta del FD 4.º14 de la sentencia, según el cual «Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto (...), pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, (...) que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitaría la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante».

Si bien la solución ofrecida no contribuye a potenciar la GS comercial, puede cuestionarse que constituya un desincentivo real a la misma, en especial cuando la sentencia en cuestión ya da a entender que la adopción acabará prosperando<sup>52</sup>. Llama la atención que, teniendo a su alcance otras soluciones coherentes con la legislación estatal sobre adopción, la propia sentencia y la jurisprudencia del TEDH, el TS las descartara y, en su lugar, forzara la interpretación de dicha legislación hasta el punto de hacerle decir lo que no dice.

### 3. EL RECHAZO DEL RECURSO A LA POSESIÓN DE ESTADO

En mi opinión, el principal acierto de la sentencia reside en impedir el recurso a la posesión de estado para determinar la filiación

<sup>50</sup> Basados en esta errónea interpretación, *vid.* los AAPP Badajoz, Sec. 3.ª, de 29 de octubre de 2019 (ECLI: ES: APBA:2018:544A), y Granada, Sec. 5.ª, de 16 de noviembre de 2018 (ECLI: ES: APGR:2018:1341A). *Cfr.* con el AAP Murcia, Sec. 4.ª, de 31 de enero de 2019 (ECLI: ES: APMU:2019:181), en que la adopción sí prosperó.

<sup>51</sup> De «toque de atención» habla DE LORA, *The Objective*, 9 de abril de 2022 (último acceso: 13 de junio de 2022).

<sup>52</sup> *Vid.* FD 4.12.º, ya citado en el punto 1.

resultante de un acuerdo de GS respecto de un progenitor de intención sin vínculo genético con el nacido. Con ello, el TS se desmarca totalmente de la línea seguida por la SAP Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2020. En esta, tras apelar a la diferencia de edad de 46 años y 8 meses entre adoptante y adoptando, destacar que el anonimato del padre biológico impedía recurrir a la vía que ofrece el artículo 10.3 LTRHA y posterior adopción por la madre de intención, y descartar la posibilidad de acogimiento familiar, puesto que «tal instrumento legal supondría construir una ficción jurídica que no se corresponde con los hechos probados en las actuaciones», la Audiencia valoró la integración del menor en el núcleo familiar «como hijo y nieto respectivamente». Esta circunstancia permite dar cuenta de la «relación de filiación «vívida»» (FD 7.2.<sup>o</sup>), que es lo que a su vez posibilita recurrir a la posesión de estado para determinar la filiación.

La sentencia casada no es la única que, una vez descartado el recurso a la adopción, ha determinado la filiación resultante de un acuerdo de GS con base en la posesión de estado. La SAP Barcelona, Sec. 12.<sup>a</sup>, de 6 de abril de 2021<sup>53</sup>, en una demanda de reclamación de paternidad matrimonial por posesión de estado interpuesta por el padre biológico contra su marido, respecto de quien no se había podido inscribir la filiación por reconocimiento de sentencia canadiense al no tener el demandante la nacionalidad española, descartó la adopción por esta misma circunstancia<sup>54</sup> y por no poder llevarse a cabo en un «tiempo razonable» (FD 4.<sup>o</sup>). Teniendo en cuenta que el menor se encontraba perfectamente integrado en la familia desde enero de 2017 (FD 5.<sup>o</sup>) y que «La restitución del niño al Canadá resulta inviable por cuanto la madre gestante no lo reconoció como hijo propio con base a su legislación nacional» (FD 3.<sup>o</sup>), la Audiencia acabó estimando la acción<sup>55</sup>.

En términos casi idénticos a los de la SAP Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2020, se pronunciaría poco después la SAP de Islas Baleares, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2021<sup>56</sup>, cuyos antecedentes de

<sup>53</sup> ECLI: ES: APB:2021:4280.

<sup>54</sup> Sorprendido por dicha afirmación, puesto que cuando tanto el adoptando como el adoptante tienen la residencia habitual en España no supone un obstáculo al inicio de un expediente de adopción el hecho de que la inscripción de nacimiento del adoptando no se haya practicado en el Registro civil español, FONT I SEGURA, *AEDIP*, 2022 (en prensa, agradezco al autor el acceso a la contribución).

<sup>55</sup> Además de por lo resaltado en nota anterior, la fundamentación jurídica de la sentencia resulta cuestionable porque determina la filiación con base en preceptos que no eran aplicables al supuesto enjuiciado (arts. 235-5 y 235-13 CCCat) y porque la alusión a la posesión de estado deviene más controvertida si cabe que en el resto de casos analizados en este apartado, pues la misma es irrelevante en derecho catalán, donde históricamente ha prevalecido la verdad biológica.

<sup>56</sup> ECLI: ES: APIB:2021:660. De la misma se hizo eco la prensa: «Un tribunal reconoce como madre a una mujer que usó un «vientre de alquiler»», *lavanguardia.com*, 20 de mayo de 2021 (último acceso: 23 de mayo de 2022).

hecho son muy similares a los del caso que nos ocupa. La misma tiene origen en un acuerdo de GS comercial celebrado en Rusia por una mujer española de 47 años, a resultas del cual en 2015 nació una niña concebida con gametos de donantes anónimos. Tras el nacimiento, la madre de intención se trasladó con la menor a España e intentó sin éxito inscribir su filiación materna. El Juzgado estimó la demanda con base en una interpretación atenuada del orden público internacional, teniendo en cuenta que existía una sentencia de un tribunal ruso que declaraba la filiación a su favor, así como en la posesión de estado entre la madre de intención y la menor. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación al amparo de los artículos 10 LTRHA, 113 y 131 CC, que fue desestimado por la AP. También en este caso la AP confirma la determinación de la filiación con base en la posesión de estado al considerar que la adopción no procede dada la diferencia de edad entre las partes y, en una interpretación totalmente opuesta a la que mantendrá la STS, 1.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2022 aquí analizada, porque «tampoco son viables en este caso las excepciones recogidas en el artículo 176.2 del mismo Código, en particular la 3.<sup>a</sup>, porque Rosario no se encuentra en situación de guarda con fines de adopción, no está presente la figura de la tutela, resultando incompatible con la realidad de la situación familiar existente» (FD 6.º6).

En una línea contraria, al menos dos tribunales inferiores han rechazado el recurso a la posesión de estado para determinar la filiación resultante del acceso a una GS comercial cuando no existe vínculo genético con el nacido. El caso resuelto por el JPI núm. 4 de Pozuelo de Alarcón, en sentencia de 19 de octubre de 2020 (*no consta publicada*), tiene unas connotaciones muy particulares: en 2018, tras la ruptura de una relación de pareja de más de quince años, el actor, padre legal y biológico de unos gemelos nacidos en 2011 a partir del recurso a GS comercial en EE. UU., ejercitó, con base en el artículo 131. I CC, una doble acción de paternidad para que se determinara su filiación respecto de los gemelos que eran los hijos legales y biológicos de su expareja masculina, gestados del mismo modo y en el mismo país unos meses antes. Con base en la misma acción, el actor también solicitaba que se determinara la filiación de su pareja respecto de los hijos propios. El Juzgado desestimó la doble acción de filiación y estimó la pretensión subsidiaria de establecimiento de un régimen de relaciones personales entre los menores, que en ese momento ya tenían unos nueve años, y los dos hombres<sup>57</sup>. Seguramente fue determinante

<sup>57</sup> Información obtenida a partir de la siguiente noticia: «La letra pequeña del pleito que enfrenta a Miguel Bosé y Nacho Palau», *elpais.com*, 3 de noviembre de 2020 (último acceso: 31 de mayo de 2022).

para el rechazo de la acción que, en su momento, los dos hombres no accedieron conjuntamente a la GS, lo que hubiera permitido reconocer después la sentencia estadounidense que declarara la doble paternidad. Ello hubiese sido posible porque los cuatro menores nacieron en 2011, ya vigente la mencionada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>58</sup>. Asimismo, pudiéndolo hacer, durante la relación las partes tampoco recurrieron a la adopción de los hijos «del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal» (art. 176.2.2.ª CC)<sup>59</sup>.

La SAP Ourense, Sec. 1.ª, de 21 de octubre de 2020<sup>60</sup>, también rechaza el recurso a la posesión de estado para determinar una filiación resultante de GS. Para la AP es clave que ninguno de los demandantes, dos cónyuges de distinto sexo que accedieron a GS en Rusia, aportó su material genético, puesto que «cuando el artículo 131 del Código Civil alude a la posesión de estado, se está refiriendo a tal hecho como revelador de la filiación natural. Los artículos 113 del Código Civil y 767-3.º LEC, contemplan la posesión de estado como un medio de justificar la filiación natural.» (FD 2.º). Esta sentencia debe contraponerse a la de la SAP Granada, Sec. 5.ª, de 3 de mayo de 2019<sup>61</sup>, en que fue precisamente la existencia de vínculo genético respecto del padre de intención y biológico lo que justificó que pudiera determinarse la paternidad resultante del acuerdo de GS celebrado en Tabasco en 2015 con base en la posesión de estado. En el caso, la acción de reclamación de paternidad había sido interpuesta por la madre de intención y esposa del padre biológico, quien en el mismo procedimiento instó, sin éxito, el establecimiento de su filiación materna por la vía de la adopción.

La misma Sala 1.ª que en su sentencia de 31 de marzo de 2022 rechaza el recurso a la posesión de estado para determinar la maternidad en un caso de GS comercial sin vínculo genético con el nacido había recurrido a esta misma categoría en dos ocasiones para determinar la maternidad reclamada por la mujer que durante el período de la concepción se encontraba unida afectivamente a la madre biológica y legal. En el caso resuelto por la sentencia de 5 de

<sup>58</sup> Vid. nota 14.

<sup>59</sup> Si bien los dos hombres no estaban casados y hasta la ya mencionada reforma introducida por la LPIA en 2015, el artículo 176.2.2.ª tan solo permitía adoptar a los hijos del «consorte» del adoptante, a partir de 2005 ambos podrían haber contraído matrimonio con el fin de adoptar a los hijos del cónyuge, o bien, a partir de 2015 –teniendo en cuenta que la ruptura se produjo en 2018– adoptar a los hijos de la persona con la que se convivía de forma estable.

<sup>60</sup> ECLI: ES: APOU:2020:483A.

<sup>61</sup> ECLI: ES: APGR:2019:1741.

diciembre de 2013<sup>62</sup>, si bien las dos mujeres contrajeron matrimonio antes del nacimiento de dos niñas gemelas, que tuvo lugar ya vigente el artículo 7.3 LTRHA, estas fueron inscritas en el Registro Civil tan solo como hijas de la madre biológica porque esta constaba como soltera. Tras el nacimiento, la madre biológica inició un expediente de rectificación de su estado civil con el fin de identificar a su cónyuge a los efectos de determinación de la filiación, el cual concluyó por auto, confirmado por la DGRN, que tan solo acordaba la rectificación de su estado civil. Un año y medio después, sin que la filiación de las menores hubiera sido modificada ni tan solo por la vía de la adopción del hijo del cónyuge (art. 176.2.2.º CC), a la que las partes sí habían recurrido en el pasado respecto de una hija mayor, se produjo el divorcio. En el caso que da origen a la STS de 15 de enero de 2014<sup>63</sup> el nacimiento se produjo antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA. En ella, el TS fundamenta el recurso a la posesión de estado en la existencia de un proyecto parental común que no se acredita lo suficiente pues, como destaca el voto particular, ni tan solo había constancia de un consentimiento conjunto a la técnica de reproducción asistida empleada. Más allá de las circunstancias concretas de cada caso, ambos pronunciamientos desnaturalizan la categoría de la posesión de estado, en cuanto prescinden de que esta «no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores» (FD 6 *in fine* del voto particular a la STS de 15 de enero de 2014). En efecto, la posesión de estado *puede* conducir a la determinación de la filiación, mediante la prueba de que concurren sus requisitos. En cuanto no tiene eficacia acreditativa de la filiación, no es título de atribución, sino de legitimación (art. 131 CC), y constituye un medio de prueba subsidiario (art. 113. I CC) de carácter presuntivo o indirecto (art. 767.3 LEC). Por tanto, la prueba de la constante posesión de estado no es suficiente para declarar la filiación, pues en la concepción de la misma que tiene el Código debe coincidir con la correspondiente relación biológica, en cuya investigación son admisibles toda clase de pruebas<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> ECLI: ES: TS:2013:5765.

<sup>63</sup> ECLI: ES: TS:2014:608.

<sup>64</sup> En esta categorización de la posesión de estado residen muchas de las críticas a estas dos SSTS: *vid.* BARBER CÁRCAMO, *DPyC*, 2014, pp. 93 y ss.; VERDERA SERVER, *DPyC*, 2016, p. 88; y QUICIOS MOLINA, 2021a, pp. 300 y ss., entre otros trabajos anteriores. A favor de las mismas, en una posición que puede calificarse de minoritaria, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, pp. 25-31. Una postura más matizada en DÍAZ MARTÍNEZ, 2021, pp. 174-175 y 182. QUESADA GONZÁLEZ (2022, pp. 51 y ss.) propone que en estos casos se huya del recurso a la posesión de estado y, en su lugar, la determinación de la filiación se base en «otro tipo de situación familiar» más acorde con los nuevos modelos familiares y centrado en la voluntad de asumir la paternidad y la maternidad.

La STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2022<sup>65</sup>, la tercera dictada por este órgano sobre determinación de una segunda maternidad, en contra del criterio del Ministerio Fiscal estima el recurso de casación interpuesto por la madre legal y biológica y, con ello, desestima la acción de reclamación de maternidad que con base en la posesión de estado había ejercitado la que fuera su pareja y luego esposa<sup>66</sup>. Para el TS, dada la brevedad de la convivencia (apenas cuatro meses) y los contactos esporádicos existentes entre la menor y la demandante tras la separación, la constante posesión de estado no quedó acreditada. El Tribunal también tiene en cuenta que en el proceso de divorcio la demandante abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto de la menor. Pese a que la sentencia sigue avalando la categoría de la posesión de estado para determinar la filiación en este grupo de casos y tan solo se limita a constatar su inexistencia en el caso concreto, la misma contiene afirmaciones que deberían ser tenidas en cuenta en cualquier pleito de reclamación de filiación y, en particular, en el que da origen a este trabajo. A estos efectos, me permito reproducir tan solo uno: «El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación» (FD 5.5)<sup>67</sup>.

#### 4. ¿PODÍA EL TRIBUNAL SUPREMO IMPEDIR EL RECURSO A LA ADOPCIÓN? UN ANÁLISIS A LA LUZ DE DOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES DEL TEDH

A la luz de dos casos resueltos recientemente por el TEDH, en este apartado planteo si el TS podía haber negado la posibilidad de establecimiento de la filiación entre el menor y la madre de intención a partir de la adopción. La distancia entre el caso analizado y el citado *Paradiso y Campanelli c. Italia* es clara, puesto que en el que nos ocupa el menor, que al dictarse la sentencia tenía siete años de edad, nunca había sido separado de su madre de intención por

---

<sup>65</sup> ECLI: ES: TS:2022:243. En el momento de cierre de este trabajo se ha tenido acceso a una cuarta sentencia del TS en la misma línea que esta última, de cuyos fundamentos se hace eco: se trata de la STS, 1.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3002)..

<sup>66</sup> Como en el caso que es objeto de comentario, sorprende que la acción solo se ejercitara contra la madre legal y biológica y, por tanto, que el hijo no fuera parte en el proceso: *vid.* apartado I.

<sup>67</sup> Respecto de las acciones de filiación en general también tiene interés destacar el FD 5.6: «la sentencia da por supuesto que el superior interés del menor queda tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. Sin embargo, no es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales.».

las autoridades españolas. El caso se sitúa, por tanto, en la órbita de la que es la doctrina mayoritaria del TEDH en materia de GS transfronteriza, que gira alrededor del reconocimiento de efectos a estos acuerdos en materia de filiación, con el fin de salvaguardar el interés del menor. Teniendo en cuenta, como el propio TEDH ha afirmado, que la adopción puede ser una de las vías para que los Estados miembros reconozcan la relación de filiación y, con ello, el derecho de los menores nacidos por GS a su vida privada y familiar, el TS está legitimado para remitir a la demandante a la adopción cuando el caso no cumple los criterios de la DGRN para el reconocimiento en España de la relación de filiación. Ahora bien, ¿es siempre la adopción la última solución en estos casos? A juzgar por la última doctrina del TEDH, no. En dos asuntos recientes el TEDH ha confirmado la decisión de las autoridades islandesa y noruega de no reconocer la filiación resultante de sendos contratos de GS comercial realizados en EE.UU. y de los que nacieron dos niños, puesto que las respectivas legislaciones prohíben la GS y –aquí está lo verdaderamente relevante en relación con el caso que nos ocupa– las madres de intención no cumplían, conforme con las respectivas legislaciones estatales, los requisitos para adoptar a los menores.

El primero de estos asuntos es *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, resuelto por STEDH de 18 de mayo de 2021<sup>68</sup>, en que los recurrentes eran dos excónyuges femeninas y un menor, nacido en 2013, que no tenía vínculo genético con ninguna de ellas. Tres semanas después del nacimiento las dos mujeres intentaron inscribirlo como nacional islandés e hijo de ambas. La solicitud fue denegada por las autoridades nacionales, que lo consideraron nacional estadounidense y, como menor no acompañado, asumieron su custodia y le asignaron una tutora legal, aunque acordaron su acogimiento por las dos mujeres. En este momento, ambas instaron su adopción conjunta, petición que fue dejada en suspenso a la espera de la resolución del proceso de filiación previo. Sin embargo, el divorcio de la pareja en 2015 determinó que la solicitud de adopción fuera revocada, puesto que ya no cabía la adopción conjunta. Tras el divorcio se mantuvo la situación de acogimiento del menor respecto de las dos mujeres, en intervalos de un año, hasta que una de ellas contrajo nuevo matrimonio y obtuvo el acogimiento permanente del menor, con la posibilidad de que la otra mujer y su nueva esposa pudieran tener al menor bajo su guarda en intervalos iguales de tiempo. El TEDH considera por unanimidad que la decisión de las autoridades islandesas entra dentro de su

<sup>68</sup> ECLI: CE: ECHR:2021:0518JUD007155217.

margen de apreciación, y tiene en cuenta que estas en ningún momento interrumpieron la vida familiar existente entre los recurrentes<sup>69</sup>. Por el contrario, el Tribunal valora que acordaron el acogimiento del menor a favor de las dos mujeres y dejaron abierta la posibilidad de adopción conjunta mientras permanecieron casadas, además de que otorgaron al menor la nacionalidad islandesa. *Valdís* tiene un interés claro en relación con la sentencia analizada en este trabajo, en cuanto pone de relieve que si bien la adopción es un medio alternativo que permite a los Estados regularizar la filiación resultante de un acuerdo de GS transfronterizo, la misma no siempre es una solución posible<sup>70</sup>. Ahora bien, si entre el menor y el progenitor o progenitores de intención existe vida familiar el alejamiento de las partes por las autoridades nacionales no es una opción. Las repercusiones de esta doctrina en situaciones en las que el menor no tiene vínculo genético con ninguno de los progenitores de intención —o, si es el caso, con el único de ellos— y la filiación legal tampoco puede verse establecida por la vía de la adopción son claras, pues cuando dicho vínculo existe los mecanismos de los que disponen los Estados para que el mismo pueda evolucionar hacia uno legal resultan menos problemáticos<sup>71</sup>.

La STEDH que resuelve el asunto *A. M. c. Noruega*, de 24 de marzo de 2022<sup>72</sup>, tiene origen en un acuerdo de GS comercial del que nació un niño en 2014, justo después de que los progenitores de intención, dos convivientes de distinto sexo, pusieran fin a su relación. El niño había sido concebido con esperma del padre de intención y óvulo de donante anónima. En el certificado de nacimiento y en la sentencia judicial estadounidense que homologó el acuerdo el menor constaba como hijo de ambos progenitores de intención, mientras que en Noruega solo constaba la filiación respecto del padre de intención. Tras el nacimiento, ya en Noruega, el

<sup>69</sup> Ponen el acento en este argumento, contrastando la situación con la existente en *Paradiso*, OCHOA RUIZ, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, pp. 181 y 183; y MÚRTULA LAFUENTE, *AJI*, 2022, pp. 3434-3437.

<sup>70</sup> En este sentido, DURÁN AYAGO, *RDF*, 2022, p. 7. Con todo, y pese a los problemas prácticos que ello puede acarrear, el TEDH no descarta la posibilidad de que cada una de las dos mujeres pueda adoptar al menor individualmente o con su nueva pareja (FD 74).

<sup>71</sup> Me ocupo de esta cuestión en particular en FARNÓS AMORÓS (*en prensa*). La sentencia cuenta con una interesante opinión concurrente del presidente del Tribunal, el juez Lemmens, quien se pregunta si la solución hubiese sido la misma si los recurrentes hubiesen invocado el derecho del menor a tener un vínculo filial reconocido con sus progenitores de intención como parte de su derecho a la vida privada. Si bien hasta el momento este derecho se ha desarrollado respecto de situaciones en que existe un vínculo biológico entre el menor y al menos uno de los progenitores de intención, para el juez Lemmens en el futuro el TEDH tendrá que pronunciarse sobre el impacto negativo de la falta de reconocimiento de un vínculo de filiación entre el menor y sus progenitores de intención en el derecho del menor a su vida privada, en especial cuando la adopción no es una solución viable.

<sup>72</sup> ECLI: CE: ECHR:2022:0324JUD003025418.

menor vivió durante sus primeros diecisiete meses de vida en situación de guarda compartida con ambos progenitores de intención, hasta que los desencuentros entre ellos hicieron la situación insostenible y el padre puso fin a toda relación entre la madre de intención y el menor, quien pasó a vivir a tiempo completo con aquel y su nueva familia. Tras estos hechos la madre de intención solicitó a las autoridades noruegas que se reconociera su maternidad respecto del menor y, alternativamente, su adopción. Ambas peticiones fueron denegadas: la primera por no cumplir los requisitos que exigía la legislación noruega para el reconocimiento de efectos a la GS transfronteriza<sup>73</sup>, y la segunda porque el padre de intención no prestó, en contra de lo que dispone la legislación noruega, su consentimiento a la adopción sucesiva del menor por la madre de intención. La pretensión subsidiaria de que se declarara a su favor un régimen de relaciones personales con el menor tampoco prosperó, al considerar el TEDH que no se habían agotado las vías de recursos internas. Para el TEDH es relevante que los tribunales noruegos examinaron correctamente la cuestión desde el punto de vista de todos los intereses en juego y del margen de apreciación existente en esta materia, por lo que no apreció violación del artículo 8 CEDH (FFDD 134-135)<sup>74</sup>.

Lo verdaderamente relevante para el TEDH en estos dos casos es que las madres de intención no cumplían los requisitos para adoptar que establecían las legislaciones nacionales, por lo que la adopción ya no era, conforme a las mismas, una alternativa posible. Aplicada al caso que da lugar a este trabajo, esta doctrina permite augurar que una decisión de las autoridades españolas, basada en la interpretación correcta de la legislación estatal sobre adop-

<sup>73</sup> En ese momento, como resulta de la propia sentencia del TEDH (FFDD 97-98), se había aprobado en Noruega una Ley provisional sobre la transferencia de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de un acuerdo de GS transfronteriza. Sin embargo, la recurrente no podía acogerse a la misma, puesto que no pudo demostrarse la voluntad de criar al menor junto al padre y, además, la solicitud se presentó fuera de plazo.

<sup>74</sup> La sentencia cuenta con un voto particular de la jueza Jelić, quien considera que en el caso existió una violación del artículo 8 CEDH en conjunción con el artículo 14, puesto que las autoridades noruegas no tuvieron en cuenta la incapacidad de la madre de intención de procrear por medios naturales, el interés superior del menor ni la existencia de vida familiar entre ellos. Sin embargo, la jueza es consciente de que en el momento de dictarse la sentencia del TEDH la madre de intención y el menor no se habían visto durante seis años y medio, por lo que considera que no es en interés del menor crearle ahora un nuevo vínculo, lo que a su vez es particularmente injusto para la recurrente. La jueza Jelić se muestra particularmente crítica con la interpretación de la noción «criar a un hijo juntos» (*raising a child together*) que llevaron a cabo los tribunales nacionales, en cuanto excluye *per se* a parejas separadas, incluso cuando esto es contrario a sus acuerdos privados, como sucedía en el caso. Finalmente, la jueza disidente considera que existió discriminación respecto de la madre de intención sin vínculo biológico con el nacido, quien fue privada de todo contacto con el menor y a quien se le impidió reconocer todo vínculo con este de forma totalmente desproporcionada, también en perjuicio del propio menor.

ción –y, en consecuencia, contraria a establecer *ab initio* la relación de filiación entre la madre de intención y el menor– también debería obtener el aval del TEDH.

## V. REFLEXIONES FINALES

No todos los supuestos en que existe vida familiar entre el o los progenitores de intención y el menor nacido de GS son susceptibles de dar lugar a una relación legal de filiación. Lo contrario implicaría prescindir de las circunstancias concretas en que el o los progenitores de intención accedieron a la GS, del contenido del acuerdo o del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos para adoptar que imponen las legislaciones nacionales. Asumir que siempre que como consecuencia de dichos acuerdos nace una persona, la filiación debe ser transferida al o los progenitores de intención, manda un mensaje equivocado: el de que el interés superior del menor debe poderlo todo.

De lo anterior no se sigue que las autoridades nacionales deban alejar a estos menores de sus progenitores de intención, pues a menudo ni concurren las circunstancias fácticas que permitan declararlos en situación de desamparo, ni los progenitores de intención accedieron a la GS contraviniendo ninguna legislación nacional. Por el contrario, en casos como el analizado en este trabajo la situación de guarda de hecho que puede existir, en los términos del artículo 237 CC<sup>75</sup>, es protegible y podrá dar lugar a una tutela a favor de la persona guardadora de hecho<sup>76</sup>, que podrá desembocar finalmente en una adopción sin propuesta previa de la Entidad Pública cuando –de acuerdo con el ya conocido artículo 176.2.3.<sup>a</sup> CC– se acredite que el adoptando lleva más de un año bajo tutela del adoptante y se cumplan los demás requisitos para adoptar, a salvo de la diferencia máxima de edad, que existiendo una tutela previa sí resultaría excusable.

Podría objetarse que, por esta vía, a quienes se está penalizando en último término es a los menores, y que la solución propuesta sigue siendo insatisfactoria porque acaba demorando una solución

---

<sup>75</sup> Conforme a este artículo, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores. El guardador de hecho está además facultado para promover el nombramiento de tutor.

<sup>76</sup> De acuerdo con el artículo 214 CC, en defecto de las personas mencionadas en el artículo 213, que son las designadas por los progenitores o el ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial, esta «designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior de este, considere más idóneo.»

que es la que con toda seguridad se acabará imponiendo (esto es, la adopción del menor por su progenitor o progenitores de intención). Es cierto que la solución propuesta puede demorar la transferencia de la filiación a favor del o los progenitores de intención, incumpliendo con ello lo establecido en la Opinión consultiva del TEDH de 10 de abril de 2019, según la cual el procedimiento ofrecido por el derecho interno deberá asegurar «su pronta y efectiva implementación, de acuerdo con el interés superior del menor»<sup>77</sup>. Ahora bien, la doctrina que emana de esta Opinión no resulta de aplicación al caso resuelto por el TS, puesto que la madre de intención acudió en solitario a la GS, sin un padre de intención con vínculo biológico con el menor.

En este contexto, el control público sobre la tutela y, en su caso, sobre la posterior adopción otorga mayores garantías al procedimiento. Teniendo en cuenta que la tutela se concibe en la actualidad como un instrumento de protección de menores (art. 199 CC) y que en el caso deberá ser instada por la propia madre de intención, sus familiares o incluso el Ministerio Fiscal (art. 207 CC), para que la autoridad judicial la constituya a través de un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 208 CC), hay razones para pensar que el procedimiento que podrá conducir a la posterior adopción se desarrollará con relativa celeridad y que transcurrido un año el menor podrá ser adoptado a través de un procedimiento que no exige propuesta previa de la Entidad Pública (art. 176.2. II.3.<sup>a</sup> CC). Lo mismo puede inferirse si la adopción tiene origen en una guarda con fines de adopción, puesto que la misma se basa en una resolución administrativa de la entidad pública y, conforme con los hechos que constan en la sentencia analizada, la madre de intención parecía que reunía los requisitos de capacidad para adoptar, a excepción del requisito de edad máxima, que tampoco se exige en este caso (art. 176 bis, en relación con art. 175.1. I CC). Si bien cualquiera de estos dos procedimientos excederá de los 4,1 meses, que es la duración media de un proceso de adopción en Francia<sup>78</sup>, en especial porque la legislación requiere que el menor consolide la situación de guarda con fines de adopción o tutela respecto de su madre de intención durante al menos un año más, ambos procesos resultan especialmente ágiles. A la vista de las circunstancias del caso la solución propuesta es más garantista que posibilitar la

<sup>77</sup> Vid. FD 55: «In sum, given the margin of appreciation available to States as regards the choice of means, alternatives to registration, notably adoption by the intended mother, may be acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests.»

<sup>78</sup> Vid. nota 41.

adopción desde buen principio, sin cumplimiento de los requisitos para la misma, lo que permitiría crear un vínculo de filiación a partir de una situación meramente consolidada por el transcurso del tiempo. Sin embargo, el transcurso del tiempo no es, en derecho español, un título de determinación de la filiación.

La solución propuesta otorga mayor seguridad jurídica, en cuanto implica cumplir con la legislación estatal sobre adopción. A la vista del alegato de la Sala 1.<sup>a</sup> totalmente contrario a la GS, en línea con sus pronunciamientos de 2014 y 2015, resulta difícil de justificar que el Tribunal se empeñe tanto en forzar la interpretación de una norma que permite solo a guardadores preadoptivos y tutores recurrir a la adopción pese a superar la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptando. No hacía falta. Hubiese bastado con cerrar la puerta, como con acierto se hace, a la posesión de estado, y explicitar las razones por las cuales la adopción no era una alternativa en el caso concreto. Si con la remisión a la adopción el TS pretendía fijar una sanción ejemplarizante, seguramente no ha visto cumplido su propósito. Por el contrario, con esta sentencia ha contribuido a la situación insostenible de «no pero sí» que impera en España acerca de la GS transfronteriza, de la que el propio Tribunal es una víctima más<sup>79</sup>. Ejemplos de este doble rasero son, como enumera la propia sentencia, la actuación, sin obstáculos legales aparentes, de las agencias intermediarias en España<sup>80</sup> o la organización de ferias en que se promociona la GS comercial (FD 4.6.º)<sup>81</sup>. En este punto, la sentencia analizada puede leerse

<sup>79</sup> Muy gráfico al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *La Ley*, 2022, pp. 9-10, para quien la GS es el «elefante en la habitación». Hace una llamada al legislador, con motivo del análisis de esta misma sentencia, DE LORA, *The Objective*, 9 de abril de 2022 (último acceso: 13 de junio de 2022). En el mismo sentido, apelando a la coherencia del sistema, justo antes de la STS, MÚRTULA LAFUENTE, *AJI*, 2022, p. 3459.

<sup>80</sup> *Cfr.* con el Proyecto de Ley de reforma del aborto, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de mayo de 2022, que tras considerar en su Exposición de Motivos la GS como una de las «manifestaciones de la violencia contra las mujeres» y, en particular, «una forma grave de violencia reproductiva», aboga por su prevención (art. 32) y prohíbe la publicidad de las agencias de intermediación (art. 33). Texto del Anteproyecto disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/anteproyecto-lo-salud-sexual-reproductiva-interrup.aspx> (último acceso: 27 de junio de 2022).

<sup>81</sup> Al menos hasta hace bien poco, existía la posibilidad de que, una vez en España, los progenitores de intención pudieran acceder a permisos de paternidad y maternidad. Dichos permisos se han venido concediendo por los tribunales de lo social desde 2009, lo que la Sala 3.<sup>a</sup> del TS ha avalado en diversas ocasiones desde 2016: *vid.* FARNÓS AMORÓS, 2021, pp. 138-139 (en particular, notas 27 a 30). La GS era, además, una de las situaciones protegidas en relación con la prestación por nacimiento y cuidado de menor que hasta hace poco se mencionaban expresamente en la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Sin embargo, en el momento de redacción de este trabajo dicha web únicamente se refiere a los casos de nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y determinadas modalidades de acogimiento familiar: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/6b96a085-4dc0-47af-b2cb-97e00716791e/nacimiento#Nacimiento> (último acceso: 22 de junio de 2022).

como un grito desesperado a las autoridades públicas para que controlen *ex ante* la actividad que estas empresas llevan a cabo en el territorio, pues lo contrario no solo acaba cargando el problema legal sobre los menores y sus familias<sup>82</sup>, sino que obliga a los tribunales a decidir *ex post* sobre hechos consumados. Mientras todos los ordenamientos que permiten la GS no establezcan límites legales claros de acceso a los mismos (por ejemplo, por extranjeros no residentes) y de reconocimiento en el país de residencia habitual del menor, ni exista un instrumento internacional de cooperación que regule el reconocimiento de la filiación de estos menores<sup>83</sup>, casos como el analizado seguirán produciéndose y los tribunales deberán seguir enfrentándose a ellos *in extremis*, ofreciendo soluciones puntuales a modo de parche.

En último término, el caso analizado permite reflexionar sobre si es justificable que para adoptar se deba respetar una diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptando que no se exige a quienes acceden a reproducción asistida<sup>84</sup>. El artículo 6.2 LTRHA, cuando regula el consentimiento informado de la mujer receptora de la técnica, solo contiene una referencia muy genérica al deber de los facultativos de informar sobre los posibles riesgos «que se puedan derivar de la maternidad *a una edad clínicamente inadecuada*.» (énfasis añadido). En el sistema público el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización fija, solo para las mujeres, una edad límite de 40 años para el acceso a la fecundación «*in vitro*» y a la inseminación con espermatozoides de donante, de 38 para inseminación con espermatozoides de la pareja y de 50 si se utilizan preembriones criopreservados<sup>85</sup>. En el ámbito privado, que en la práctica es el que en España cubre la mayor parte de la demanda existente<sup>86</sup>, los

<sup>82</sup> En este sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ, *InDret*, 2017, p. 243.

<sup>83</sup> Por el momento, los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado sobre filiación y GS, iniciados en 2015, solo han dado lugar a varios informes del grupo de expertos: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (último acceso: 27 de julio de 2022). Sin embargo, existen propuestas interesantes en este sentido, como los «Principios de Verona» para la protección de los derechos de los niños nacidos por GS, adoptados en febrero de 2021 por un grupo de expertos: ISS, 2021, pp. 1-30.

<sup>84</sup> Diferencia de edad que, además, es desconocida en muchos ordenamientos, entre ellos el catalán: *vid.* artículo 235-30 CCCat, que solo exige que el adoptante sea mayor de 25 años –salvo que se trate de la adopción del hijo del cónyuge o pareja estable o de parientes huérfanos, como también en la adopción conjunta, en que es suficiente que uno de los miembros de la pareja cumpla este requisito– y que tenga como mínimo 14 años más que el adoptando.

<sup>85</sup> *Vid.* apartado 5.3.8.3. del Anexo III del citado RD 1030/2006.

<sup>86</sup> Al respecto, *vid.* <http://www.cnrha.mscbs.gob.es/registros/centros/home.htm> (último acceso: 22 de junio de 2022).

centros operan sin ningún límite legal máximo de edad, más allá del que resulta del consenso entre los expertos de las sociedades científicas y asociaciones de fertilidad, que con carácter general simplemente «desaconsejan» el acceso a tratamientos a mujeres (de nuevo, la referencia se limita a las mujeres) de más de 50 años<sup>87</sup>.

Hasta el momento el TS ha centrado su batalla exclusivamente en la GS comercial. Dejo para otra ocasión la cuestión de cuál hubiese sido la aproximación al caso si Aurelia hubiese celebrado un acuerdo de GS en su modalidad altruista (por ejemplo, con una hermana más joven residente en Tabasco)<sup>88</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 2, 2021, pp. 193-219.
- «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022», *Diario La Ley*, núm. 10.069, 16 de mayo de 2022, pp. 1-12.
- ATIENZA, Manuel: «La gestación por sustitución», *elpais.com*, 4 de mayo de 2017 (último acceso: 18 de junio de 2022).
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31, 2020, pp. 1-64.
- COMITÈ DE BIOÈTICA DE CATALUNYA (CBC): *El dret a conèixer els orígens genètics i biològics de la persona*, 2016, pp. 1-30: [https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/\\_Sistema\\_de\\_salut/CBC/recursos/documents\\_tematical\\_dret\\_origens\\_biologics.pdf](https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Sistema_de_salut/CBC/recursos/documents_tematical_dret_origens_biologics.pdf) (último acceso: 20 de junio de 2022).
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (CBE): *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, pp. 1-92: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) (último acceso: 18 de junio de 2022).
- *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, 15 de enero de 2020, pp. 1-54: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20de%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf> (último acceso: 20 de junio de 2022).

<sup>87</sup> «Los 7 requisitos de la Seguridad Social para cubrir un tratamiento de reproducción asistida», *elpais.com*, 12 de septiembre de 2018 (último acceso: 5 de julio de 2022).

<sup>88</sup> Según ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *La Ley*, 2022, p. 4, que el TS se centre en la modalidad comercial no casa bien con el contenido del artículo 10 LTRHA, el cual tiene tanto por objeto la GS comercial como la altruista.

- CONSEJO DE EUROPA (CE): Recomendación 2156/2019 de la Asamblea Parlamentaria *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, 2019, pp. 1-2: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=27680&lang=EN>. (último acceso: 25 de septiembre de 2022).
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados», en BUSTOS MORENO, Yolanda Beatriz, MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (Coords.), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 157-196.
- DURÁN AYAGO, Antonia: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: ¿crónica de un relato interminable?», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 104, 2022, pp. 1-14.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-61.
- «Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho», *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas bioéticas*, núm. 40, 2017, pp. 231-242.
  - «Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución», en CARRIO SAMPEDRO, Alberto (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 131-186.
  - «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», *Revista de Bioética y Derecho (en prensa)*.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: «El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida: alcance, contenido y límites», en BUSTOS MORENO, Yolanda Beatriz, MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (Coords.), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 197-241.
- FONT I SEGURA, Albert: «Sección de Filiación de la Crónica de Derecho interterritorial», en FONT I SEGURA, Albert, ARENAS GARCÍA, Rafael, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2022 (*en prensa*).
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.<sup>a</sup> Soledad: «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014», *Indret*, núm. 1, 2015, pp. 1-35.
- GALLOWAY, Kate: «Theoretical Approaches to Human Dignity, Human Rights and Surrogacy», en GERBER, Paula, O'BYRNE, Katie (Eds.), *Surrogacy, Law and Human Rights*, Routledge, London – New York, 2016, pp. 13-29.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 14-49.
- INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE (ISS): *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, International Social Service – General Secretariat, Geneva, 2021, pp. 1-30: [https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf) (último acceso: 27 de julio de 2022).
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Artículos 175 y 176 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (edición en línea).

- DE LORA, Pablo, «Madres paralelas. ¿Puede ser buena madre quien ha explotado a una mujer pobre para convertirse legalmente en madre?», *The Objective*, 9 de abril de 2022 (último acceso: 13 de junio de 2022).
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: «El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante», en BUSTOS MORENO, Yolanda Beatriz, MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (Coords.), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 319-377.
- «Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad», *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 2, 2022, pp. 134-190.
- «La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 3424-3465.
- OCHOA RUIZ, Natalia: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjöl-nisdóttir y otros c. Islandia, demanda núm. 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2021, pp. 167-187.
- PARFIT, Derek: *Reasons and Persons*, Oxford Paperbacks, Oxford, 1984, pp. 358-359 (rev. ed. 1987).
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier: «Maternidad subrogada: nuevas reflexiones desde la práctica judicial», pp. 1-39 (documento inédito, facilitado con motivo de la participación en el curso *La filiación y la gestación subrogada*, organizado por el CGPJ entre el 27 de abril y el 5 de mayo de 2022).
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante», en CARRIO SAMPEDRO, Alberto (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 109-130.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *Problemas jurídicos actuales de la paternidad. Conflictos de paternidades y multiparentalidad*, Atelier, Barcelona, 2022.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar», *Revista de Derecho Privado*, núm. 103, 2019, pp. 3-46.
- «Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor», en BUSTOS MORENO, Yolanda Beatriz, MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (Coords.), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, 2021a, pp. 277-317.
- «La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español», en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Ed. lit.), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: perspectivas de derecho comparado*, UNAM, México, 2021b, pp. 175-208.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)», en AA. VV., *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, *InDret*, núm. 2, 2017, pp. 201-251.

SOSA PASTRANA, Fernando: «La gestación por subrogación en México», en ESPEJO YAKSIC, Nicolás, FENTON-GLYNN, Claire, LATHROP GÓMEZ, Fabiola, SCHERPE, Jens M. (Eds.), *La gestación por subrogación en América Latina*, Suprema Corte de Justicia de la Nación – Centro de Estudios Constitucionales SCJN – Cambridge Family Law, Ciudad de México, 2022, pp. 247-276 (*open access*).

VERDERA SERVER, Rafael: «Ser Padre», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 75-126.

## ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

STEDH de 26 de junio de 2014 (JUR 2014\176908), asunto *Menesson c. Francia*. Pdte.: Mark Villiger.

STEDH de 26 de junio de 2014 (JUR 2014\176905), asunto *Labassee c. Francia*. Pdte.: Mark Villiger.

STEDH de 24 de enero de 2017 (JUR 2017\25806), asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Pdte.: Luis López Guerra.

STEDH de 16 de julio de 2020 (ECLI: CE: ECHR:2020:0716JUD001128818), asunto *D. c. Francia*. Pdta.: Síofra O’Leary.

STEDH de 18 de mayo de 2021 (ECLI: CE: ECHR:2021:0518JUD007155217), asunto *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*. Pdte.: Paul Lemmens.

STEDH de 24 de marzo de 2022 (ECLI: CE: ECHR:2022:0324JUD003025418), asunto *A. M. c. Noruega*. Pdta.: Síofra O’Leary.

Opinión consultiva de la Gran Sala del TEDH de 10 de abril de 2019, emitida a petición de la *Cour de Cassation* francesa (Soliditud núm. P16-2018-001).

STC 116/1999, de 17 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio). MP: Pablo García Manzano.

STS, 1.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5765). MP: José Antonio Seijas Quintana.

STS, 1.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2014 (ECLI: ES: TS:2014:608). MP: Francisco Javier Orduña Moreno.

STS, 1.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2014 (ECLI: ES: TS:2014:247). MP: Rafael Sarazá Jimena.

STS, 1.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2022 (ECLI: ES: TS:2022:243), MP: María de los Ángeles Parra Lucán.

STS, 1.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2022 (ECLI: ES: TS:2022:1153). MP: Rafael Sarazá Jimena.

STS, 1.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3002). MP: María de los Ángeles Parra Lucán.

ATS, 1.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:335A). MP: Rafael Sarazá Jimena.

SAP Granada, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 3 de mayo de 2019 (ECLI: ES: APGR:2019:1741), MP: María Dolores Segura González.

SAP Ourense, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 21 de octubre de 2020 (ECLI: ES: APOU:2020:483A). MP: Ángela Irene Domínguez-Viguera Fernández.

SAP Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2020 (ECLI: ES: APM:2020:14547). MP: Carmen Neira Vázquez.

SAP Barcelona, Sec. 12.<sup>a</sup>, de 6 de abril de 2021 (ECLI: ES: APB:2021:4280). MP: José Pascual Ortuño Muñoz.

SAP Islas Baleares, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2021 (ECLI: ES: APIB:2021:660). MP: Álvaro Latorre López.

SAP Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, de 11 de octubre de 2021 (ECLI: ES: APM:2021:12237). MP: Eugenio de Pablo Fernández.

AAP La Rioja, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 2 de mayo de 2017 (ECLI: ES: APLO:2017:229A). MP: María del Puy Aramendía Ojer.

AAP Soria, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2018 (ECLI: ES: APSO:2018:150A). MP: José Luis Rodríguez Greciano.

AAP Asturias, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 24 de julio de 2018 (ECLI: ES: APO:2018:987A). MP: Juan Carlos Llavona Calderón.

AAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2018 (ECLI: ES: APB:2018:6494A). MP: Ana María Hortensia Esquius.

AAP Granada, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 16 de noviembre de 2018 (ECLI: ES: APGR:2018:1341A). MP: José Manuel García Sánchez.

AAP Murcia, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2019 (ECLI: ES: APMU:2019:181). MP: Francisco José Carrillo Vinader.

AAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, de 11 de febrero de 2020 (ECLI: ES: APB:2020:1175A). MP: Ana María Hortensia Esquius.

AAP Badajoz, Sec. 3.<sup>a</sup>, de 29 de octubre de 2019 (ECLI: ES: APBA:2018:544A). MP: Juana Calderín Martín.

AAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2020 (ECLI: ES: APB:2020:7928A). MP: Francisco Javier Pereda Gámez.

AAP León, Sec. 2.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2020 (ECLI: ES: APLE:2020:1708). MP: Antonio Muñoz Díez.

AAP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, 26 de julio de 2021 (ECLI: ES: APB:2021:7631A). MP: María José Pérez Tormo.

SJPI núm. 77 de Madrid, de 19 de febrero de 2019 (*no consta publicada*).

SJPI núm. 4 de Pozuelo de Alarcón, en sentencia de 19 de octubre de 2020 (*no consta publicada*).

Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE núm. 243, de 7 de octubre).

Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019 (*no publicada*).

Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019 (BOE núm. 45, 21 de febrero).

STC Portugal 225/2018, de 24 de abril (proceso núm. 95/17).  
MP: Pedro Machete.

# El moderno *mortuus redhibetur*: restitución derivada de la nulidad y resolución de Banco Popular. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021<sup>1</sup>

**ANTONIO RUIZ ARRANZ**

Doctor en Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid  
Investigador postdoctoral  
Universidad de Münster

## RESUMEN

*Esta sentencia sienta la siguiente doctrina: si no es posible restituir in natura las acciones de una entidad financiera como consecuencia de la resolución de la entidad, la restitución derivada de la nulidad de la adquisición de participaciones preferentes y su canje posterior por acciones se traduce en una restitución del valor de las acciones calculado al tiempo de su adquisición. En este trabajo se defiende una solución diferente, basada en la aplicación del mortuus redhibetur, de inspiración romana. Al mismo tiempo, se relacionará el caso con las conclusiones del Abogado General De la Tour, en su respuesta a la cuestión prejudicial de un caso similar (C/410/20 - Banco Santander SA), y la sentencia final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las conclusiones y la sentencia serán igualmente sometidas a consideración crítica.*

## PALABRAS CLAVE

*Nulidad, restitución contractual, restitución in natura, restitución del valor, riesgos restitutorios, mortuus redhibetur, mecanismo único de resolución, Banco Popular.*

## ABSTRACT

*This judgement establishes the following doctrine: since restitution in kind of the shares of a financial institution is not possible due to its resolution, resti-*

---

<sup>1</sup> Sala Primera, núm. 867/2021. MP: D. Juan María Díaz Fraile (RJ 2021/5508).

*tution following the nullity of a contract for the purchase of preference shares and their subsequent exchange for shares gives rise to a restitution in value of the shares calculated at the time of their acquisition. This paper argues a different solution, based on the application of the roman mortuus redhibetur. Parallel to this, the case of the judgement will be related to the opinion of the Advocate General De la Tour in his response to the request for a preliminary ruling of a similar case (C/410/20 - Banco Santander SA) and the final judgement of the European Union Court of Justice. The conclusions and the judgement will also be subject to critical consideration.*

## KEYWORDS

*Nullity, contractual restitution, restitution in kind, restitution of value, restitutionary risks, mortuus redhibetur, single resolution mechanism.*

SUMARIO: I. El contexto del pleito.–II. Las cuestiones jurídicas que plantea el caso.–III. Hechos e itinerario procesal.–IV. Las aportaciones teóricas de la sentencia.–V. Las «alteraciones restitutorias».–VI. La resolución de una entidad financiera como alteración restitutoria. 1. La solución jurídica de la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. 2. La determinación del valor ex artículo 1307 CC. 3. La aplicación al caso del *mortuus redhibetur*.–VII. Las resoluciones de Banco Popular ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Las conclusiones del Abogado General De la Tour. 2. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.–VIII. Conclusión.–Bibliografía.–Jurisprudencia citada.

## I. EL CONTEXTO DEL PLEITO

La noche del 6 al 7 de junio de 2017 Banco Popular Español, SA (en adelante, «Banco Popular») fue intervenido por las autoridades bancarias europeas.<sup>2</sup> Debido a la crisis de liquidez y de deterioro progresivo en la que Banco Popular se hallaba inmerso, el Banco Central Europeo (en adelante, «BCE») decidió que la entidad estaba «en quiebra o en riesgo inminente de quiebra (*failing or likely to fall*) y así lo notificó a la Junta Única de Resolución europea (en adelante, «JUR») conforme a lo dispuesto por la Directiva 2014/59/UE y el Reglamento (UE) núm. 806/2014.<sup>3</sup> Ambos

<sup>2</sup> Véase, «The Single Resolution Board adopts resolution decision for Banco Popular», disponible en <https://www.srb.europa.eu/en/node/315> (última consulta: 10 de mayo de 2022).

<sup>3</sup> Véase la Decisión de emprender una medida de resolución respecto del Banco Popular Español, SA (2017/C 222/05) (disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XX0711\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XX0711(01)&from=EN)), así como los documentos técnicos relevantes en <https://www.srb.europa.eu/en/content/banco-popular> (última consulta: 9 de mayo de 2022).

instrumentos conforman lo que, en la jerga bancaria, se conoce como «Mecanismo Único de Resolución», con el que se pretende una gestión más eficiente de las crisis del sector.<sup>4</sup> Para resolver Banco Popular, la JUR transmitió esa misma noche todos los activos e instrumentos de capital de Banco Popular a Banco Santander, SA (en adelante, «Banco Santander»), que como el lector conoce abonó un euro a cambio. La resolución fue ejecutada, en España, por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, «FROB»<sup>5</sup>). Entre otros aspectos, la resolución exigía amortizar la totalidad de las acciones en circulación, así como la reducción del capital social de la entidad a cero.<sup>6</sup> Esto provocó que los titulares de las acciones de Banco Popular se quedasen, de la noche a la mañana, sin nada; lo que ha motivado una serie de pleitos. Uno de ellos es el de la sentencia del Tribunal Supremo objeto de comentario; otro es el sustanciado ante la Audiencia Provincial de A Coruña y que propició la cuestión prejudicial a la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba de dar respuesta. Por vías distintas, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han llegado a soluciones desfavorables para los antiguos accionistas de Banco Popular.

## II. LAS CUESTIONES JURÍDICAS QUE PLANTEA EL CASO

La sentencia objeto de comentario trata sobre qué ocurre cuando, declarada la nulidad de un contrato, una de las prestaciones intercambiadas no puede restituirse *in natura*, por haberse perdido. El fallo ofrece una respuesta muy particular: se restituye el valor de la cosa al tiempo en que se adquirió. Así, en un caso de nulidad del contrato por error imputable a la entidad financiera (Banco Popu-

<sup>4</sup> Véase, CARRASCOSA/DELGADO (2015, pp. 133-148).

<sup>5</sup> Resolución de 7 de junio de 2017, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, en su sesión ejecutiva ampliada de fecha 7 de junio de 2017, por la que se ha adoptado el dispositivo de resolución sobre la entidad Banco Popular Español, SA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento (UE) núm. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

<sup>6</sup> Un buen resumen de la operación puede verse en BELTRÁN DE LUBIANO (2017); también en el resumen que ofrece la entidad Caixabank, en «La resolución de Banco Popular», disponible en <https://www.caixabankresearch.com/es/node/7050/printable/print> (última consulta: 10 de mayo de 2022).

lar) que informó defectuosamente a los inversores en la venta de participaciones preferentes primero canjeadas por bonos y luego por acciones, la Sala 1.<sup>a</sup> condena a los inversores a compensar a la sucesora (Banco Santander) por la pérdida de valor de las acciones desde su adquisición hasta su amortización, tras la resolución del banco<sup>7</sup>. Ello, a pesar de que la causa de fracaso del contrato, así como la pérdida de las acciones, resultaron ser en última instancia achacables al banco.

En el presente comentario, trataré de explicar por qué esta solución es –dicho sea con el mayor de los respetos– cuestionable, ilógica e insoportable en términos prácticos. Con ello, se pretende contribuir al debate sobre la extensión de la restitución derivada de la acción de nulidad, mostrando cómo, en un contexto moderno, una antigua regla romana puede encontrar aplicación, si se la examina con cuidado. Es después de todo lo que el investigador del Derecho tiene que hacer de tanto en tanto.<sup>8</sup>

### III. HECHOS E ITINERARIO PROCESAL

D.<sup>a</sup> Patricia y D. Lorenzo habían adquirido, entre 2007 y 2012, participaciones preferentes del Banco Popular por importe de 46.000 euros. Tales participaciones preferentes fueron canjeadas, el 22 de marzo de 2012, por bonos de la misma entidad que les generaron unos rendimientos brutos positivos de 23.269,31 euros. D. Lorenzo falleció el 13 de agosto de 2013. Poco después, el 16 de octubre de 2013 los bonos derivados de las preferentes fueron canjeados por 11.500 acciones de Banco Popular, cuyo valor de merca-

<sup>7</sup> El término «resolución» se emplea en un sentido bancario y no contractual. A este respecto, la web del Banco de España ofrece la siguiente definición de «resolución»: «La resolución es la reestructuración ordenada en una entidad cuando dicha entidad sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal. Este procedimiento minimiza el coste para los contribuyentes y el efecto que la inviabilidad de una entidad podría causar en la economía en general o en la estabilidad financiera»; disponible en <https://www.bde.es/bde/es/areas/resolucion/> (última consulta: 9 de mayo de 2022).

Sobre el proceso de resolución en general véase, la entrada en la web del Banco de España, «¿En qué consiste la resolución de un banco?», disponible en <https://clientebanario.bde.es/pcb/es/blog/en-que-consiste-la-resolucion-de-un-banco-.html> (última consulta: 9 de mayo de 2022).

<sup>8</sup> Lo advertía SAVIGNY en su prólogo al *System des heutigen römischen Rechts* (1840, p. XI): «En la masa de conceptos, reglas y expresiones artificiales que recibimos de nuestros predecesores, las verdades alcanzadas se mezclarán infaliblemente con grandes dosis de error, las cuales actúan sobre nosotros con el poder que tradicionalmente ejercen los derechos adquiridos hace tiempo, pudiendo fácilmente dominarnos. Para contrarrestar este peligro, es deseable que de vez en cuando toda la masa de lo transmitido sea reexaminada, puesta en duda, cuestionada en su origen» (traducción propia).

do entonces ascendía a algo más de 47.000 euros. Tras el fallecimiento de don Lorenzo, las acciones adquiridas en el canje pasaron a sus tres descendientes quienes las mantuvieron hasta la resolución de Banco Popular, el 7 de junio de 2017.

En este contexto, los herederos y la viuda de don Lorenzo interpusieron, el 29 de septiembre de 2017, demanda contra Banco Popular por la que reclamaban la nulidad, por error vicio, del contrato de canje de las participaciones preferentes por bonos, así como la restitución integral de las prestaciones que habían sido materia de los contratos bancarios impugnados. En particular, el *petitum* de la demanda exigía la restitución de los 46.000 euros invertidos, con los intereses desde entonces; a cambio, los demandantes devolverían a la entidad sucesora de Banco Popular (Banco Santander) «las acciones recibidas» junto con los beneficios generados por los bonos.

El JPI declaró la nulidad de la orden de canje de las preferentes, por defectos de información, condenó a la demandada a restituir el capital invertido y obligó a los demandantes a hacer lo propio con los rendimientos que los bonos les procuraron, así como con los intereses correspondientes a estas sumas. Puesta en números, la restitución consistía en que los demandantes recuperasen los 46.000 euros invertidos, con los intereses de esa cantidad, y que devolviesen los rendimientos obtenidos gracias a dicha inversión (23.269,31 euros). Es decir, los demandantes obtenían un saldo positivo en la restitución.

El alcance de la restitución ordenada por el JPI fue corregido en apelación. La Audiencia Provincial incrementó la obligación recíproca de restitución de los demandantes: además de a restituir los rendimientos derivados de los bonos, quedaban obligados a abonar el valor de las acciones recibidas, calculado al precio medio de cotización al momento del canje (mes de septiembre de 2014). En fundamento de su decisión, la Audiencia Provincial acudió al artículo 1307 CC. A su juicio, la causa de la pérdida por amortización de las acciones descansaba en la decisión de los actores de conservarlas, así como en un caso fortuito (la resolución de Banco Popular). Ello justificaba acudir a la norma citada, y no al artículo 1314 I CC.

Al recurrir este resultado en casación, los demandantes discutieron la manera de computar el valor de las acciones irrestituibles. Sobre la base del artículo 1307 CC, defendieron que solo debían el valor de las acciones al momento de su pérdida, la cual situaban el último día de cotización, antes de la resolución de Banco Popular. Al cierre del mercado del día previo a su intervención, la acción de

Banco Popular cotizaba a 0,317 euros. Por eso, de acuerdo con este planteamiento, la obligación de restituir el valor a cargo de los demandantes se reducía considerablemente. La aproximación de los recurrentes en casación fue descartada por el Tribunal Supremo, que confirmó el fallo de la audiencia. En la sentencia, la Sala 1.<sup>a</sup> advirtió que una interpretación como la planteada por los recurrentes conduciría a la práctica pérdida de valor de la restitución por equivalente. Por eso, procedía acudir al valor de cotización, no en el momento de la pérdida, sino en el momento del canje de los bonos por acciones.

De nuevo, conviene poner en números el resultado restitutorio al que llegan la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. El valor medio de cotización de las acciones de Banco Popular durante el mes de septiembre de 2014 fue de 4,7739 euros que, multiplicado por las 11.500 acciones en poder de los demandantes, arroja un valor 54.899,85 euros. De este modo, el método de cálculo planteado por la Audiencia Provincial invertía por completo la posición restitutoria de los demandantes, que pasaban a tener un saldo negativo en la restitución: recuperaban su inversión con intereses (46.000 euros), pero a cambio debían restituir los rendimientos percibidos (23.269,31 euros) más el valor así calculado de las acciones (54.899,85 euros). Esto explica que, en su recurso de casación, defendiesen una aproximación diferente. Puesta en números, la tesis de los demandantes se traducía en una obligación de restitución del valor de las acciones muchísimo más moderada: 3.6345,5 euros (11.500 acciones x 0,317 euros/acción).

#### IV. LAS APORTACIONES TEÓRICAS DE LA SENTENCIA

La sentencia se propone ofrecer un marco teórico para la restitución derivada de la nulidad de un contrato por el que se adquirieron unos bonos, posteriormente convertidos en acciones, cuando el inversor no tiene nada que restituir patrimonialmente.<sup>9</sup> Para

<sup>9</sup> Este propósito conduce al Tribunal Supremo a admitir un recurso de casación que, de otro modo, habría inadmitido, por hacer supuesto de la cuestión. Literalmente afirma: «Pero también es cierto que esas afirmaciones y los argumentos que en ellas se apoyan no alteran el núcleo de la cuestión controvertida, que es esencialmente jurídica y queda centrada en la interpretación de los artículos 1303, 1307 y 1314 CC en un supuesto como el presente, en el que tras la declaración de nulidad de los contratos por los que se adquirieron los bonos, posteriormente convertidos en acciones, resulta preciso fijar los cánones hermenéuticos a los que deberán sujetarse las bases de la liquidación restitutoria que sigue a esa nulidad, teniendo en cuenta que no es posible ya la restitución de las participaciones preferentes ni de los bonos convertibles, y que el valor de las acciones adquiridas en el canje

ello, realiza una serie de apreciaciones teóricas sobre la restitución que sigue a la nulidad del contrato:<sup>10</sup>

«(i) La nulidad produce efectos retroactivos como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de estas partes.

(ii) La obligación legal de restituir que impone el art. 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, por lo que las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero)

(iii) La restitución es recíproca, de forma que el cliente puede exigir la devolución del capital invertido y a cambio debe restituir los títulos (las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que fueron objeto del contrato)» (FD 3.º [2.2]).

Corolario de lo anterior son las «dos notas que caracterizan el efecto restitutorio derivado de la nulidad contractual: la reciprocidad y la integridad» (FD 3.º [2.3 y 2.4]).

El enfoque presentado da buena cuenta de la forma en que la nulidad y la restitución están asentadas dogmáticamente en nuestro sistema. Este planteamiento teórico merece revisarse en algunos puntos. Así ocurre, en particular, con la relación entre el dogma de que «lo nulo no produce efectos» (*quod nullum est nullum effectum producit*) y la restitución integral y recíproca de las prestaciones, tras la nulidad (*restitutio in integrum est reciproca*); pero no es este el objeto de este breve comentario.<sup>11</sup>

Tras explicar el régimen restitutorio de la nulidad, el Tribunal Supremo concluye que la restitución integral y recíproca se traduce en la devolución, por parte de la entidad, del capital invertido por los demandantes, más el interés devengado, y en el reintegro, por los inversores, de los rendimientos percibidos. A juicio de la Sala 1.ª, las notas de integridad y reciprocidad explican este resultado general (FD 2.º [2.4]). No obstante, el problema con el que la Sala 1.ª se encuentra es la imposibilidad de restituir en especie las acciones de Banco Popular, debido a la resolución de la entidad.

---

desapareció por completo en junio de 2017 cuando se produjo la intervención del Fondo Único de Resolución Europeo» (FD 2.º [3]).

<sup>10</sup> Lo hace a partir de la STS, 1.ª, 16 de octubre de 2017 (MP: Parra Lucán; RJ 2017/4286).

<sup>11</sup> Lo hago en RUIZ ARRANZ (2022, pp. 242 ss.). De acuerdo con esta visión, la nulidad llevaría el peso de la desvinculación contractual y los efectos retroactivos; la restitución sería, simplemente, su «comparsa». Esta concepción merece revisarse en el marco de un entendimiento unitario de la restitución por desvinculación contractual.

## V. LAS «ALTERACIONES RESTITUTORIAS»

Cuando el obligado a restituir no puede devolver la cosa *in natura*, por haberse esta perdido, se abren en principio dos escenarios para el deudor de la restitución. O bien no restituye nada, pero recupera aquello que entregó (el precio pagado); o bien restituye el valor de la cosa irrestituible a cambio de que se le reembolse el precio. En el primer escenario, el riesgo de la pérdida lo soporta el otro contratante (acreedor de la restitución de la cosa). En el segundo escenario, es el deudor de la restitución de la cosa quien pecha con el riesgo de su pérdida. Para optar por una u otra solución, la clave reside en la causa que impide restituir la cosa *in natura*; esta causa –conviene indicar– nada tiene que ver con la causa de fracaso del contrato (por ejemplo, la nulidad por error vicio). En este punto, se abren tres posibilidades, que relacionaré con el caso que nos concierne. (a) La primera es que la imposibilidad de restituir *in natura* obedezca a un caso fortuito; (b) la segunda es que sea imputable al obligado a restituir (en este caso, a los demandantes); (c) la tercera es que la imposibilidad resulte atribuible a la parte acreedora de la restitución de la cosa (en este caso, al banco demandado).

a) Si la pérdida de la cosa es fortuita, la consecuencia es la restitución del valor de la cosa al tiempo de perderse. Así se regula en el artículo 1307 CC, para la nulidad.<sup>12</sup> La principal razón para obligar al deudor de la restitución a prestar el valor es que, por hipótesis, se encuentra en una mejor posición para cubrirse frente al riesgo de que sobrevenga un caso fortuito, ya que tiene la cosa en su poder. Por eso, asume el riesgo.<sup>13</sup>

b) Para la nulidad, la pérdida de la cosa imputable al obligado determina formalmente la extinción de la acción de nulidad –y, en definitiva, de la restitución– según el primer párrafo del artículo 1314 CC.<sup>14</sup> El sentido y alcance de esta norma merece, sin embargo, revisarse.<sup>15</sup> Bien miradas las cosas, el artículo 1314 CC es una norma de distribución del riesgo restitutorio. Que el obligado a restituir sea despojado de la acción de anulación constituye una mala manera de atribuirle el riesgo de pérdida de la cosa, sancionándole (salvo en los casos en que este deudor destruye dolosamente la cosa que sabe que tiene que restituir).<sup>16</sup> La recuperación, en la medida de

<sup>12</sup> Véase, por todos, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005, pp. 264-265).

<sup>13</sup> Véase, por todos, desde el contexto europeo, ZIMMERMANN (2010, p. 573).

<sup>14</sup> Es la interpretación mayoritaria entre nosotros. Por todos, véase, DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN (2005, pp. 262-266, 316-322).

<sup>15</sup> Explico en profundidad las razones, en RUIZ ARRANZ (2022, 313 ss.).

<sup>16</sup> En este sentido, véase, JEREZ DELGADO (2011, pp. 282-282, n. 825).

lo posible, del *statu quo ante* empuja a rechazar la consecuencia literal a la que conduce el artículo 1314 I CC y a buscar su reducción. Semejante reducción pasa por redirigir la consecuencia de la pérdida culpable o dolosa de la cosa en manos del deudor de la restitución hacia la obligación de devolver el valor de aquella; es decir por interpretar el artículo 1314 CC en consonancia con el artículo 1307 CC.<sup>17</sup> Para el mismo supuesto de hecho en la acción redhibitoria, el artículo 1488 CC establece la ponderación adecuada: el obligado a restituir que perdió por dolo o culpa la cosa, restituye su valor. Entender de esta forma el artículo 1314 I CC permite, en general, ofrecer una mejor respuesta a los casos en los que la cosa se pierde por un evento no fortuito. Además, este enfoque posibilita explicar mejor algunos grupos de casos en los que la Sala 1.ª se ha visto obligada a sortear el artículo 1314 CC; algunos de ellos son colindantes al caso que nos ocupa, como así reconoce el propio Tribunal Supremo en su sentencia (FD 3.º [3.3]).

Se trata de los casos de nulidad de la adquisición de participaciones preferentes que, primero, eran canjeadas por acciones de la entidad y, después, voluntariamente vendidas por los inversores al Fondo de Garantía de Depósitos (en adelante, «FGD»). Para el Tribunal Supremo, siendo el canje obligatorio, por imposición administrativa, resulta de aplicación el artículo 1307 CC; y no el artículo 1314 I CC. En palabras del alto tribunal, el artículo 1307 CC «*no priva de la acción de nulidad al contratante afectado por un vicio determinante de tal nulidad, sino que únicamente, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de prestaciones*». <sup>18</sup> En efecto, el Tribunal Supremo estima que no cabe hablar de una extinción de la acción de nulidad (art. 1314 I CC), porque la pérdida de las obligaciones subordinadas con el canje no resultaba imputable a los inversores, sino que se había producido por imposición del FROB. <sup>19</sup> Así, los inversores pueden recuperar la inversión. <sup>20</sup> Este enfoque –que se basa en la obligatoriedad del canje inicial de las preferentes por acciones y prescinde del hecho de su posterior venta (voluntaria) por los inversores– desatien-

<sup>17</sup> Véanse los apuntes de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2009, p. 134), quien sin embargo no termina de culminar en esta dirección.

<sup>18</sup> STS, 1.ª, 13 de julio de 2017, FD 3.º (3) (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961). En la sentencia, la Sala 1.ª cita únicamente la STS, 1.ª, 5 de abril de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/1409).

<sup>19</sup> STS, 1.ª, 13 de julio de 2017, FD 3.º (4) (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961).

<sup>20</sup> Pueden verse, la STS, 1.ª, 5 de diciembre de 2019, FD 3.º (2) (MP: Parra Lucán; RJ 2019/5010) y las que allí se citan. Al final, la restitución del valor consiste en una compensación en la que se arrojaba un saldo deudor a favor de los inversores, por el importe de la cantidad no recuperada de la inversión tras la venta de las acciones obtenidas en el canje. Pueden verse, también, la STS, 1.ª, 17 de julio de 2018, FD 5.º (5) (MP: Vela Torres; RJ 2018/2969); y la STS, 1.ª, 8 de junio de 2020, FD 4.º (6) (MP: Vela Torres; RJ 2020/1596). En esa restitución se incluyen, además, el interés devengado por la cantidad invertida, por un lado, y los rendimientos percibidos por el cliente más los intereses desde la fecha de cada abono, por el otro.

de, sin embargo, los posibles casos en que el canje, en lugar de forzoso, hubiese sido voluntario. Desde la propia lógica del Tribunal Supremo, este segundo escenario tendría que conducir a la consecuencia del artículo 1314 I CC: los inversores carecen de acción de nulidad (y restitución). La inconsistencia práctica de este resultado ha obligado a la doctrina a defender que, también aquí, el canje sería forzoso, dadas las particulares circunstancias económicas en las que tuvo lugar.<sup>21</sup>

La hipótesis de canje voluntario demuestra que la argumentación de la Sala 1.<sup>a</sup> respecto a la obligatoriedad del canje como elemento determinante para la aplicación del artículo 1307 CC no es tan sólida como a primera vista parece. Sin duda, un canje de preferentes por acciones impuesto por acto administrativo vinculante del FROB impide considerar culposa la «pérdida de las preferentes».<sup>22</sup> No obstante, conviene advertir que, a cambio de las preferentes, los inversores obtenían acciones, las cuales podían ser vendidas voluntariamente al FGD, durante una ventana de tiempo concreta. En estos casos –es importante destacar– la acción de anulación de los demandantes se dirigía, algunas veces, solo contra el negocio de adquisición de las participaciones preferentes;<sup>23</sup> otras, se proyectaba también contra el negocio de canje de las participaciones por acciones.<sup>24</sup> Formalmente, surge aquí una diferencia: si se impugna solo la adquisición de las preferentes, la pérdida se referiría al momento de su canje por acciones; mientras tanto, si se impugna también el canje de preferentes por acciones, la pérdida se debería desplazar al momento en que las acciones fueron vendidas. ¿Se debe diferenciar entre uno y otro caso? A mi parecer, no.

Una perspectiva formalista conduciría, en efecto, a entender que, si solo se impugna la adquisición inicial de las preferentes, el momento de pérdida es el del canje obligatorio por acciones de la misma entidad, impuesto por el FROB; desde esta óptica, lo sucedido después con las acciones no influiría en la restitución.<sup>25</sup> Si bien esto sería correcto teóricamente, parece miope observar el negocio de adquisición de las preferentes de manera aislada, omitiendo el contexto que después le siguió (canje y venta). En general, la acción de anulación de los demandantes –ya sobre el negocio de adquisición inicial o sobre el negocio y el canje– no se explica sin lo ocurrido después del canje: la venta de las acciones obtenidas a un precio tal que determinó una pérdida en la inversión efectuada. Por eso, no es casualidad que toda la litigación acerca de la posible pérdida de legitimación de los inversores se plantease a raíz de la venta de las acciones. Tal como lo veo, existe una continuidad negocial entre la adquisición de las preferentes, su canje por acciones y la venta posterior de estas. Esa continuidad impide considerar el canje como

<sup>21</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2019, pp. 105-106).

<sup>22</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2019, pp. 103-104).

<sup>23</sup> Puede verse la STS, 1.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/1409). También la más reciente STS, 1.<sup>a</sup>, 12 de enero de 2022, FD 2.<sup>o</sup> (4) (MP: García Martínez; RJ 2022/18).

<sup>24</sup> Es el enfoque de la reciente STS, 1.<sup>a</sup>, 12 de enero de 2022, FD 2.<sup>o</sup> (4) (MP: García Martínez; RJ 2022/18) que, para calcular el valor a restituir por los demandantes se remite al momento de pérdida de estas, es decir, al momento en que se produjo el canje por acciones.

<sup>25</sup> Puede verse, por ejemplo, la STS, 1.<sup>a</sup>, 17 de mayo de 2019 (MP: Vela Torres; RJ 2019/2269).

momento determinante de la «pérdida», a fin de alcanzar el artículo 1307 CC, aunque lo impugnado sea formalmente la adquisición primera de las preferentes.

A mi entender, el momento de venta de las acciones es siempre el relevante a efectos de ubicar la imposibilidad de restituir *in natura*. Declarada la nulidad de los contratos, son las acciones lo que tendría que restituirse, por no ser posible devolver las preferentes. Si las acciones fueron, enajenadas, nos encontramos, en rigor, ante un supuesto de «pérdida culpable» en todos los casos, con independencia de que el canje obedeciese a una imposición del FROB. Que esto sea así no empece, sin embargo, la aplicación del artículo 1307 CC,<sup>26</sup> como bien ha defendido el TS. Ello, no porque el canje fuera obligatorio, sino porque los casos de pérdida culpable conducen igualmente a una restitución del valor, si el artículo 1314 I CC se reduce en cuanto a su ámbito de aplicación.

c) La última hipótesis es que la pérdida de la cosa irrestituible *in natura* sea atribuible al acreedor de la restitución. Cuando esto sucede, tanto la causa de fracaso del contrato como la causa de pérdida de la cosa coinciden excepcionalmente. Este supuesto no se encuentra directamente regulado en las normas restitutorias sobre la nulidad. No obstante, se puede inferir a partir de la restitución redhibitoria<sup>27</sup> y, en concreto, del artículo 1487 CC.<sup>28</sup> Esta norma favorece al obligado a restituir porque la pérdida de la cosa es imputable al otro contratante. Se trata de la expresión de la regla romana del *mortuus redhibetur* –la restitución del muerto–. En D. 21,1,47,1 se dice que *post mortem autem hominis aedilicias actiones manent* (aún tras la muerte del esclavo se pueden ejercitar las acciones edilicias). Para la acción redhibitoria, esto significaba que el comprador podía restituir el cadáver del esclavo fallecido como consecuencia de los vicios con los que fue vendido (*mortuus redhibetur*), como si lo devolviera vivo; y lo mismo se aplicaba

<sup>26</sup> Ello sin necesidad, además, de considerar que la venta de las acciones no fue «libre», dadas las particulares condiciones económicas en las que tuvo lugar. En este sentido, en las sentencias que se han ocupado de estos casos puede leerse (por ejemplo, en la STS, 1.ª, 5 de junio de 2019, FD 2.º (4), MP: Orduña Moreno; RJ 2019/2441, y las que en ella se citan): «De manera que la posterior aceptación de la oferta de adquisición del FGD no añadió nada a dicha imposibilidad de restitución, puesto que los títulos ya habían salido del patrimonio del inversor, no por su voluntad, sino por imposición administrativa anterior a la aceptación de la oferta de compra de las acciones. *La cual, por cierto, no se hizo conforme a un precio negociado, y ni siquiera de mercado, sino conforme al precio fijado por un experto designado por el FGD, en el marco de la intervención administrativa de la entidad emisora y comercializadora*» (la cursiva es mía). Que la venta se hiciera en condiciones económicamente desfavorables no significa que no fuese voluntaria cuando, además, se hizo de conformidad con el procedimiento legalmente establecido.

<sup>27</sup> Véase, JEREZ DELGADO (2011, p. 283).

<sup>28</sup> A tenor de este precepto, «si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá este la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe solo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador». En general, sobre él, véase, FENOY PÉRCÓN (2010, p. 1623).

para la venta de animales (D. 21,1,48,6). En mi opinión, la regla del artículo 1487 CC<sup>29</sup> puede extenderse al resto de los supuestos de restitución por desvinculación contractual, incluida la nulidad. Para la nulidad, una interpretación a contrario de los artículos 1314 I y 1307 CC –a partir del artículo 1488 CC, para la redhibitoria– permite llegar a esa conclusión: si la causa de la pérdida es imputable al acreedor de la restitución, el obligado a restituir puede recuperar lo que entregó y no está obligado a restituir lo recibido; únicamente debe restituir aquello de la cosa que reste en su patrimonio (el enriquecimiento).<sup>30</sup>

La distribución de riesgos de este tercer escenario conduce a una excepción de la restitución integral y recíproca, esto es, a una quiebra de la neutralidad –y, por ende, de la integridad y la reciprocidad– con que normalmente opera la restitución contractual.<sup>31</sup>

## VI. LA RESOLUCIÓN DE UNA ENTIDAD FINANCIERA COMO ALTERACIÓN RESTITUTORIA

En este apartado, trataré de demostrar que, de los tres escenarios planteados, el tercero –el del *mortuus redhibetur*– es el que mejor se ajusta a los hechos del caso. La razón está en que tanto la causa de fracaso del contrato (nulidad por error imputable) como la causa de pérdida de las acciones (resolución) son atribuibles al banco, acreedor de la restitución. En cuanto a la causa de fracaso del contrato, en las tres instancias se partió de que la anulación lo fue por error vicio imputable a la entidad financiera.<sup>32</sup> Como dice A. M. Morales More-

<sup>29</sup> El artículo 1409 P. 1851 recogía esta idea, de la que GARCÍA GOYENA afirmase: «El comprador, una vez dada la prueba, merece ser tratado con el mismo favor que si hubiera devuelto la cosa, y que probablemente no ha devuelto, por impedirselo el vicio de que ha perecido». Véase, (1852, p. 400).

<sup>30</sup> En su comentario al artículo 1409 P. 1851, GARCÍA GOYENA (1852, p. 400) lo explica como sigue: «Al comprador incumbirá [...] la devolución de lo que reste de la cosa y de sus accesorios; por ejemplo, tratándose de un caballo, la piel, cabeza, brida, silla, etc., que fueron comprendidas en la venta».

<sup>31</sup> Por ser imputable a la acreedora de la restitución, la restitución solo es integral para la deudora, que recupera el precio.

<sup>32</sup> Así se aprecia, sobre todo, en el razonamiento de la Audiencia Provincial (SAP León, Sec. 1.ª, 5 de julio de 2018, JUR 2018/262102, FD 3.º [12]): «En definitiva, este tribunal comparte las valoraciones reflejadas en la sentencia recurrida acerca de la idoneidad de la información facilitada pues no se ha informado debidamente a los clientes acerca de los riesgos de los productos contratados, con clara incidencia en el error invalidante. Destacamos el error consistente en identificar información con entrega de resúmenes de la emisión: los folletos solo son extractos de las condiciones de contratación; no son, por sí mismos, información. Informar no consiste en presentar al cliente un resumen de las condiciones de emisión, sino en explicarle en qué consisten, destacando especialmente sus riesgos de manera sencilla; sencillez que no consiste en resumir condiciones, sino en exponer su significado de manera transparente. Y, sobre todo, con

no, este hecho es lo que convierte a un error unilateral en relevante.<sup>33</sup> Por su parte, la pérdida de las acciones también era imputable a la propia entidad, como trataré de demostrar. Así se explica que la entidad financiera no habría debido poder recuperar nada en la restitución (*mortuus redhibetur*).<sup>34</sup> Sin embargo, ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo exploraron esta posibilidad.

## 1. LA SOLUCIÓN JURÍDICA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo acudieron directamente a la vía de la restitución de valor del artículo 1307 CC, pues no se plantearon que la pérdida de las acciones pudiera ser achacable a la entidad financiera. En palabras de la Sala 1.<sup>a</sup>:

«El núcleo de la cuestión litigiosa se centra en determinar cuál debe ser el valor que, como equivalente de la prestación que debería restituirse, debe asignarse a las 11.500 acciones adquiridas por los demandantes y luego amortizadas» (FD 3.º [3.2]).

Para responder a la cuestión, el Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia sobre imposibilidad de restitución de acciones en casos de canje obligatorio de participaciones preferentes posteriormente vendidas al FGD. Como ya se ha advertido,<sup>35</sup> esa jurisprudencia permite al Tribunal Supremo sortear la aplicación del artículo 1314 I CC y, en su lugar, acudir a la restitución del valor del artículo 1307 CC (FD 3.º [3.3]). De esta manera, el Tribunal Supremo puede colocarse frente a la cuestión principal que, a su juicio, plantea el caso: cómo determinar el valor a restituir. No obstante, el planteamiento de la cuestión por el Tribunal Supremo encierra algo más.

Siguiendo el razonamiento de la Audiencia Provincial,<sup>36</sup> la Sala 1.<sup>a</sup> parte, en realidad, de que la pérdida de las acciones se debió a «*la decisión de los inversores que conservan su*

---

clara referencia a las consecuencias jurídico-económicas, más allá de meras referencias a la operativa del producto y a riesgos genéricos».

<sup>33</sup> Véase, solamente, MORALES MORENO (2015, p. 719).

<sup>34</sup> *Infra*, VII. 3.

<sup>35</sup> *Supra*, V, b).

<sup>36</sup> Merece la pena destacar, de nuevo, el razonamiento de la Audiencia Provincial (SAP León, Sec. 1.<sup>a</sup>, 5 de julio de 2018, JUR 2018/262102, FD 4.º [24]), pues es el que comparte la Sala 1.<sup>a</sup>: «Ciertamente los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), y no puede atribuirse la pérdida al incumplimiento de los deberes de información de la entidad bancaria en la colocación de un producto de inversión complejo sino a la decisión de los inversores una vez que fueron titulares por herencia de unos títulos con los que podían negociar en el mercado de valores».

*titularidad*». <sup>37</sup> Es decir, la pérdida de las acciones habría sido, en todo o en parte, culpa de los demandantes, que presentaron la acción de nulidad una vez estas se habían amortizado. Si este era el convencimiento del TS, el fallo habría debido transcurrir por otros derroteros; esto es, debería haber motivado la aplicación del artículo 1314 I CC en su literalidad. El problema es que el Tribunal Supremo no ha llegado todavía a decir abiertamente que, mientras exista, esta norma precisa de una reducción en los términos explicados. <sup>38</sup> Lo que ocurre es que la aplicación literal del artículo 1314 I CC al caso habría conducido a la extinción de la acción de nulidad. Por eso, el Tribunal Supremo la rechaza y acude al artículo 1307 CC. Aun así, el convencimiento del Tribunal Supremo de que la pérdida de las acciones era realmente culpa de los demandantes explica, a mi juicio, la cuestionable manera que tuvo la Sala 1.ª de determinar el valor a restituir.

## 2. LA DETERMINACIÓN DEL VALOR EX ARTÍCULO 1307 CC

Si se recuerda, el Tribunal Supremo opta por acudir al valor medio de las acciones durante el mes de septiembre de 2014, momento en el que fueron adquiridas por los demandantes. Ya se ha subrayado que, puesto en números, el valor así calculado coloca a los demandantes en una situación patrimonial mucho peor que aquella que tendrían si simplemente se les hubiera impedido demandar (art. 1314 I CC). En efecto, la solución que confirma el Tribunal Supremo consiste en que los demandantes devuelvan el valor de las acciones calculado a esa fecha (54.899,85 euros), junto con los rendimientos percibidos (23.269,31 euros), para poder recuperar la inversión inicial de 46.000 euros con intereses. Sin tener en cuenta los intereses legales a pagar por el banco, los demandantes quedaron obligados a restituir unos 32.169,16 euros.

No es ocioso detenerse en los motivos que empujan al Tribunal Supremo hacia esta consecuencia tan dura para los inversores. Par-

<sup>37</sup> FD 3.º (3.1). Asimismo, casi hacia el final, el Tribunal Supremo realiza la siguiente afirmación: «Partiendo de ese carácter eminentemente variable del precio de las acciones cotizadas, la pretensión de que su valor a los efectos de su restitución sea prácticamente nula, cuando *la acción de nulidad se presenta después de que esa pérdida de valor se haya consumado*, en un momento en que *las acciones habían permanecido en el patrimonio de los demandantes* (y su causahabiente) *durante casi cuatro años*, con un valor inicial superior al capital invertido, *hace pertinente también la invocación de la sentencia de la Audiencia al principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe del artículo 7.1 CC*» (FD 3.º [7]) (la cursiva es mía). En este sentido, el Tribunal Supremo parece remitirse, incluso, a una especie de incumplimiento, por parte de los demandantes, de su deber de mitigar o, mejor dicho, de evitar la pérdida de la cosa.

<sup>38</sup> *Supra*, V, b).

tiendo de los principios de integridad y reciprocidad de la restitución, la Sala 1.<sup>a</sup> acude a un argumento *ad maiore ad minus*:<sup>39</sup> si la restitución derivada de la nulidad tiene que ser integral y recíproca (art. 1303 CC), el valor a restituir en caso de pérdida de la cosa no puede ser ínfimo o cercano a cero, como pretendían los recurrentes, porque en tal caso se conculcaría el mandato de integridad. Para reforzar este enfoque, el Tribunal Supremo (i) advierte que la revalorización de la cosa objeto de restitución desde el momento de celebración del contrato no permite al comprador (deudor de su restitución) obtener una compensación del vendedor (acreedor de la restitución) por este motivo;<sup>40</sup> y (ii) acude a la «proscripción del enriquecimiento injustificado».<sup>41</sup>

a) En primer término, desde el punto de vista de la lógica, resulta desafortunado emplear un argumento *a maiore ad minus*. La razón está en que la Sala 1.<sup>a</sup> llega directamente a la conclusión (que la restitución del valor no puede ser cercana a cero), a partir de la premisa mayor (que la restitución derivada de la nulidad es integral y recíproca). Lo hace sin realizar el paso intermedio, es decir, sin construir una premisa menor, a partir de la mayor. En esta clase de argumentación, la premisa menor contribuye a generar certeza, pues va de lo general a lo particular. Por eso, lo mejor es emplear este argumento a modo de silogismo.<sup>42</sup> Y, por eso también,

<sup>39</sup> Gramaticalmente, lo correcto, en latín, es *a maiore ad minus*.

<sup>40</sup> En este sentido, cita la STS, 1.<sup>a</sup>, 15 de abril de 2009 (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3338). En palabras del TS, esta resolución «analiza si, aplicando el régimen de la restitución recíproca que dispone el artículo 1303 CC, resulta procedente estimar la petición del comprador en una venta anulada por error que solicita que los vendedores le paguen el valor actual de mercado de los inmuebles comprados y que él debe restituirles. Esta pretensión fue desestimada y se declaró que, si de lo que trata es de reponer a los contratantes al estado patrimonial que tenían antes de contratar, la restitución debe cifrarse en reintegrar a los compradores el precio pagado con sus intereses. Precisamente porque la obligación legal de restituir que impone el artículo 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo» (FD 3.º [5]).

<sup>41</sup> Según considera, el enriquecimiento se vincula a la restitución integral de las prestaciones. En la sentencia puede leerse: «En el caso de la litis la demanda de nulidad se interpone en septiembre de 2017, después de que las acciones hubieran perdido todo su valor en junio de 2017, casi cuatro años después del canje de los bonos por las acciones en octubre de 2013. En ese momento del canje las acciones adquiridas tenían un valor de mercado de 47.061,45 euros, frente a una inversión inicial en 2007 de 46.000 euros, por la que habían percibido además unos rendimientos de 23.269,31 euros. En esas circunstancias, la pretensión de los recurrentes [...] colisiona también con la proscripción del enriquecimiento sin causa que la jurisprudencia de esta sala ha vinculado reiteradamente a las reglas de la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces» (FD 3.º [5]).

<sup>42</sup> Si, por ejemplo, la norma X permite conceder licencias de actividad a la administración de manera discrecional, un *a maiore ad minus* no debe acudir directamente aquí a la conclusión, cuando se ocupe de la concesión limitada de una licencia de actividad («si la norma X permite conceder licencias de actividad discrecionalmente, las licencias limitadas de actividad se conceden discrecionalmente igualmente»). Antes bien, debe construir, primero, una premisa menor («las licencias de actividad limitadas entran dentro de las deci-

el *a maiore ad minus* en el caso no tiene recorrido, ya que la premisa menor no se corresponde con la mayor: «la restitución contractual es integral y recíproca; persigue recuperar el *statu quo ante*» (premisa mayor). Ahora bien, «la restitución en caso de imposibilidad de restitución *in natura* persigue recuperar el *statu quo ante* en la medida de lo posible, pero lo hace a través de la restitución del valor de la cosa al tiempo de perderse» (premisa menor). Otra cosa es cómo se determine ese valor. Planteado como silogismo, el argumento *a maiore ad minus* no conduce hacia donde quiere el TS, pues la premisa menor, que no explora, no se verifica para poder llegar a la conclusión alcanzada.

Cuando la restitución no puede tener lugar *in natura*, el objetivo de la *restitutio in integrum reciproca* sigue siendo recuperar en la medida de lo posible el *statu quo ante*. Lo que ocurre es que la pérdida de la cosa evidencia la imposibilidad de recuperar el *statu quo ante*, porque no hay ya prestación que restituir (preferentes, bonos o acciones). En este escenario, la restitución *in natura* se transforma en una restitución del valor en aquellos casos en que el deudor restitutorio tiene que soportar el riesgo de pérdida (caso fortuito y pérdida culpable o dolosa).<sup>43</sup> Sin embargo, la manera que tiene el Tribunal Supremo de calcular dicho valor termina siendo contraria al objetivo principal de la restitución: recuperar el *statu quo ante*.

b) Para el TS, el valor de las acciones se debe calcular en el momento en que fueron adquiridas y no en el momento de su pérdida. Con ello, llega a un resultado opuesto al que dice defender cuando la cosa es restituible *in natura* y se revaloriza (o se deprecia).<sup>44</sup> La recuperación, en la medida de lo posible, del *statu quo ante* impide realizar correcciones sobre los cambios de valor de las partidas principales de la restitución. Esto es verdad para la restitución *in natura* –como el propio Tribunal Supremo indica–, y también para la restitución secundaria del valor, cuando procede. Por eso, resulta errado acudir al momento de entrega de las prestaciones para medir el valor, salvo que se quiera convertir la restitución del valor en una indemnización de daños, que compense la depreciación de la cosa. Y es que una cosa es obligar al deudor restitutorio a soportar el riesgo de pérdida, haciéndole restituir el valor; y otra distinta es obligarle, además, a compensar a su acreedor por la depreciación de la cosa cuyo valor restituye.

---

siones a las que se refiere la norma»), para llegar a esa conclusión. Solo así se obtiene una certeza comparativa que permite emplear correctamente el argumento desde la lógica. Véase, en este sentido, SCHNEIDER, E. (2006, pp. 155-157).

Una crítica adicional y valiosa al empleo del *a maiore ad minus* entre juristas desde el punto de vista de la lógica puede verse en PUPPE (2019, pp. 210-213).

<sup>43</sup> *Supra*, V. (a) y (b).

<sup>44</sup> Véase el texto que acompaña a la nota 40.

Cuando se trata de restituir el valor, el eventual incremento del valor de la cosa con respecto al momento inicial forma parte del riesgo que tiene que soportar el deudor restitutorio quien, a cambio, puede beneficiarse de una pérdida de valor de la cosa que debería haber restituido *in natura*.

c) A lo anterior se añade que la solución alcanzada por la Sala 1.<sup>a</sup> es *contra legem* respecto del artículo 1307 CC, que –no por casualidad– se refiere al momento de la pérdida para computar el valor.<sup>45</sup> Este momento es el que se tiene en cuenta para analizar la causa que impide restituir *in natura* (caso fortuito, culpa del deudor o del acreedor de la restitución). Por eso, es el momento que se emplea para medir el valor y aproximar el *status quo ante*. Acudiendo a él se respeta, en sede de restitución del valor, la idea presente en la restitución *in natura*, según la cual el acreedor de la restitución asume el riesgo de apreciación o depreciación de la cosa, durante el tiempo en que el deudor restitutorio la tuvo en su poder. Este razonamiento no solo explica por qué es incorrecto acudir al momento de la entrega de la prestación –como pretende el Tribunal Supremo–; sino que también explica por qué sería inadecuado vincular el cálculo del valor al momento de la desvinculación o al momento hipotético en que la restitución habría tenido lugar *in natura*. En tal caso, se volvería a aplicar a la restitución del valor un estándar distinto al de la restitución *in natura*, que –insisto– es insensible a las apreciaciones o depreciaciones en el valor de la cosa, y no las compensa.

d) En defensa del planteamiento del Tribunal Supremo podría aducirse que los demandantes impugnaron únicamente el contrato de adquisición de las preferentes, de tal suerte que el canje de estas por acciones se habría correspondido con el momento de la pérdida. Desde este enfoque, el valor a restituir tendría que calcularse en ese momento; y no cuando las acciones se vendieron. Pero tampoco. Según se desprende de la sentencia de apelación, los demandantes impugnaron el negocio de canje de los bonos.<sup>46</sup> Por consiguiente, la pérdida habría de venir formalmente referida a los bonos y, en definitiva, al momento en que estos se canjearon por acciones. Además, como se ha indicado a propósito de los casos de participaciones preferentes canjeadas

<sup>45</sup> En similar sentido, CARRASCO PERERA (2022), quien sin embargo considera que la solución adecuada no es ni la de la AP/TS ni la planteada por los demandantes, sino la de impedir a los inversores el ejercicio de la acción de nulidad. Sobre ello, véase, *infra* VI.

<sup>46</sup> Véase SAP León, Sec. 1.<sup>a</sup>, 5 de julio de 2018 (JUR 2018/262102), donde puede leerse: «Por la parte demandante se ejercita acción de nulidad por vicio de consentimiento del contrato de canje de fecha 22 de marzo de 2012 de Bonos subordinados Ob Conv. V4- 18, por importe de 46.000 euros, convertidos en acciones el 16 de octubre de 2013. Subsidiariamente se solicita la nulidad de la compra inicial (año 2009) de Participaciones Preferentes» (FD 1.º [1]).

por acciones,<sup>47</sup> la acción nulidad no puede abordarse de modo aislado ante estos supuestos, desconsiderando el resultado final que motivo su ejercicio: la venta de las acciones económicamente desfavorable, que tradujo en pérdidas la inversión de compra inicial. Por ello, lo correcto es ubicar la pérdida en el momento en que las acciones salen del patrimonio de los inversores ya por venta, ya por resolución de la entidad.

Todo lo expuesto conduce a que la tesis correcta fuera la de los recurrentes respecto a la restitución del valor medio de cotización de las acciones el día antes de la pérdida que sería el día en que tuvo lugar la resolución. De entenderse que la pérdida de las acciones obedeció a un caso fortuito o a culpa de los demandantes, la asunción de ese riesgo por su parte se traduce en la restitución del valor de las acciones en el momento de su pérdida (¡no en compensar a la entidad por la pérdida de valor de estas, como consecuencia de la resolución!). Pero es que tampoco esta postura era del todo correcta.

### 3. LA APLICACIÓN AL CASO DEL *MORTUUS REDHIBETUR*

La mejor solución habría pasado por entender que la pérdida de las acciones era, en realidad, achacable a la entidad financiera, como achacable le era la nulidad del contrato (error imputable);<sup>48</sup> es decir, por entender que el caso constituía un *mortuus redhibetur* moderno. Trataré de explicarme.

El evento que impidió a los demandantes la restitución de las acciones que recibieron en el canje fue la resolución de Banco Popular. Dicha resolución vino motivada por la inviabilidad de la entidad, declarada por el BCE la noche del 6 de junio de 2017, de acuerdo con el artículo 18.4.c) del Reglamento (UE) 806/2014: Banco Popular no podía hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento o existían elementos objetivos que indiquen que no podrá hacerlo en un futuro cercano. Este juicio fue confirmado, al día siguiente, por la JUR, habida cuenta de las dificultades económicas por las que atravesaba, y la ausencia de alternativas para su viabilidad en el sector privado.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Véase *supra*, V. (b).

<sup>48</sup> Véase, *supra* nota 32.

<sup>49</sup> La decisión de resolución implicaba que fueran los accionistas y acreedores del banco quienes soportasen, en primer término, las pérdidas (artículo 4 Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión). Así, el mecanismo único de resolución de entidades del Reglamento (UE) 806/2014 minimizó los efectos adversos para las finanzas públicas: el *bail-out* (rescate con dinero público) se convierte en un *bail-in* (rescate a cargo de los accionistas, los

Dicho esto, la cuestión relevante para el caso es si Banco Popular fue responsable de la resolución que en últimas impidió a los demandantes restituir las acciones *in natura*. Tal como lo veo, la respuesta debe ser afirmativa. Para fundamentar esta posición es importante atender al informe del BCE sobre la inviabilidad de la entidad que se hizo público,<sup>50</sup> así como a la decisión confirmatoria de la JUR.<sup>51</sup>

Al menos desde 2016, Banco Popular había experimentado un deterioro sustancial de sus posiciones de liquidez, principalmente debido a una reducción significativa de su base de depósitos. Como consecuencia, indica el informe, la entidad tuvo que hacer frente a importantes salidas de efectivo en todos los segmentos de clientes. A juicio del BCE, este escenario de fuga de depósitos obedecía a un mal funcionamiento económico de la entidad (baja rentabilidad, mala calidad de los activos y baja cobertura en comparación con otros bancos), el cual la había colocado directamente en el foco de la atención mediática. En este sentido, la cobertura mediática dispensada a la entidad no había sido positiva, sino que se había hecho eco de una serie de hitos capaces de arruinar su reputación.<sup>52</sup> Cuando al presentar las cuentas anuales de 2016 (febrero de 2017), Banco Popular anunció la necesidad de una provisión extraordinaria por importe de 5.700 millones de euros, así como la sustitución del hasta entonces presidente en el marco de un cambio de estrategia, cundió el pánico entre muchos de los clientes, quienes acometieron inesperadas retiradas de depósitos. A ello le siguió una rebaja de la calificación por parte de DBRS Morningstar, el 10 de febrero. A partir de aquí: la tormenta perfecta. La publicación de un comunicado *ad hoc* el 3 de abril –en el que se informaba del resultado de varias auditorías internas con un impacto potencialmente significativo en los estados financieros del banco y de la destitución del Consejero Delegado tras menos de un año en el cargo– desencadenó una nueva oleada de salidas de depósitos que no se detuvo y que, en palabras del propio BCE, fue alimen-

---

titulares de instrumentos híbridos o, en su caso, los acreedores). Véase, BELTRÁN DE LUBIANO (2017).

<sup>50</sup> Esto es, del «Failing or likely to fall» assessment (FOLTF) del BCE, disponible en Assessment of “Failing or Likely to Fail” for Banco Popular Español (europa.eu)

<sup>51</sup> Decision of the Single Resolution Board in its Executive Session of 7 June 2017 concerning the adoption of a resolution scheme in respect of Banco Popular Español, SA (the “Institution”) addressed to FROB (SRB/EES/2017/08) disponible en srb\_decision\_srb\_ees\_2017\_08\_non-confidential\_scanned.pdf (europa.eu)

<sup>52</sup> En su informe FOLT del BCE (párr. 5) se refiere, sin ánimo de exhaustividad, a los siguientes elementos: «(a) las especulaciones sobre la dimisión de los directores y altos cargos del banco; (b) el importante beneficio negativo de 2016 y las pérdidas que se siguen registrando en el primer trimestre de 2017; (c) la posición de solvencia de la Entidad Supervisada basada en una base de carga completa y la falta de rentabilidad; (d) el anuncio por parte del banco de la necesidad de una ampliación de capital o de una operación corporativa; (e) el anuncio por parte del banco de la reformulación de las cuentas financieras de 2016 debido a inexactitudes contables; (f) la incertidumbre sobre el alto nivel de mora, que el banco no ha podido reducir en los últimos años» (traducción propia).

tada por otra rebaja en la calificación (esta vez desde Moody's). Esta situación fue seguida por los anuncios de no pago de dividendos y de otra posible ampliación; por las noticias de resultados peores a los esperados y, en fin; por una continuada cobertura mediática negativa. La pérdida de liquidez se produjo a un ritmo que impidió a Banco Popular ponerle remedio.<sup>53</sup> Esto fue lo que motivó la intervención del BCE y la JUR, y lo que desembocó en su resolución, por inviabilidad.<sup>54</sup>

El camino recorrido por Banco Popular hasta su resolución permite establecer una conexión entre la pérdida de las acciones por parte de los demandantes, como consecuencia de la resolución, y la pérdida de liquidez de la entidad. Es decir, permite considerar la resolución y, por ende, la pérdida del objeto a restituir (las acciones), como imputable al banco. No quiero decir con esto –pues se puede prestar a malinterpretación– que la resolución de Banco Popular viniera motivada por la falsedad de las cuentas y la ausencia de reflejo de la imagen fiel de la compañía.<sup>55</sup> La resolución de Banco Popular obedeció a un progresivo deterioro de su situación de liquidez que convirtió en inviable a la entidad y al que esta no pudo poner remedio. Empresarialmente, solo el banco es responsable de esa situación<sup>56</sup> y este hecho debe verse reflejado en la restitución por nulidad.

En el plano de la restitución derivada de la nulidad, la pérdida de las acciones por causa imputable al banco significa que el riesgo de esta pérdida se había de trasladar excepcionalmente a la entidad. Tiene sentido que esto sea así; de lo contrario, las inversoras y adquirentes de las acciones se convertirían indirectamente en «responsables», en la restitución, de la actuación empresarial del banco y, por ende, de su colapso. Por eso, la regla romana del

<sup>53</sup> La inviabilidad de Banco Popular, así como la conveniencia de un plan de resolución ya había sido evaluada por la JUR en su informe de 2016. Según dicho informe, un proceso concursal «normal» no era creíble para la entidad, teniendo en cuenta su tamaño y papel sistémico. Por eso, se proponía su resolución. Como consecuencia de las dificultades. Véase, SINGLE RESOLUTION BOARD, *Banco Popular Group Resolution Plan*, 2016, p. 21, disponible en 2016\_resolution\_plan\_updated\_29\_08\_2019.pdf (europa.eu)

<sup>54</sup> En palabras del FOLT (párr. 13): «While the Supervised Entity has developed various additional liquidity generating measures over the past weeks [...] and started to implement them, the magnitude of the realised and still expected inflows are insufficient to remediate the on-going depletion of the institution's liquidity position».

<sup>55</sup> Si esto fue así o no, corresponde a otros decidirlo. Yo simplemente me he apoyado en la información pública del BCE y la JUR a fin de dar una respuesta al caso en términos restitutorios. Véase, en este sentido, con razón, GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M. (2021).

<sup>56</sup> Así se reconoce, por ejemplo, en los Principios elaborados al respecto por el Comité de Supervisión de Basilea. Véase, Banco de Pagos Internacionales, Principios para la adecuada gestión y supervisión del riesgo de liquidez, septiembre de 2008, pp. 6 ss., disponible en [https://www.bis.org/publ/bcbs144\\_es.pdf](https://www.bis.org/publ/bcbs144_es.pdf).

*mortuus redhibetur* debería haber encontrado una aplicación específica en este caso, de tal suerte que la entidad no tuviera derecho a que el valor de las acciones se incluyese en la restitución. Antes bien, lo correcto pasaba porque el banco devolviese la inversión sin recuperar más que las acciones amortizadas sin valor (*mortuus redhibetur*). Fue, de hecho, lo que los demandantes interesaron en su demanda;<sup>57</sup> y es lo que el JPI, con buena intuición, les concedió. Después, la Audiencia Provincial corrigió este resultado e invirtió por completo los términos del debate que llegó hasta el Tribunal Supremo.

## VII. LA RESOLUCIÓN DE BANCO POPULAR ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El mismo día en que se produjo la votación y el fallo de la sentencia objeto de este comentario se publicaron las conclusiones del Abogado General (en adelante, «AG») De la Tour en respuesta a la cuestión prejudicial remitida por la Audiencia Provincial de A Coruña<sup>58</sup> sobre el procedimiento de resolución de Banco Popular.<sup>59</sup> La cuestión prejudicial ha sido resuelta por la STJUE 5 de julio de 2022, que se pronuncia en el mismo sentido que el AG:<sup>60</sup> excluir la acción de nulidad y, con ello, la restitución. A continuación, expondré por qué este resultado no resulta admisible. Comenzaré refiriéndome críticamente a las conclusiones del AG, que además tienen un carácter más técnico.

### 1. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DE LA TOUR

A diferencia del caso que originó la sentencia que se comenta, los demandantes en este procedimiento habían adquirido, directamente y sin canje de por medio, acciones de Banco Popular con ocasión de la ampliación de capital con oferta pública de suscripción que tuvo lugar en el mes de junio de 2016. Con esta salvedad,

<sup>57</sup> Así se recoge en la sentencia comentada: «debiendo los actores devolver [...] las acciones recibidas en virtud de los contratos cuya nulidad se pide» (FD 1.º [2]).

<sup>58</sup> Auto, Audiencia Provincial Coruña, Sec. 4.ª, 28 de julio de 2020 (JUR 2020/301796).

<sup>59</sup> Conclusiones Abogado General De la Tour 2 de diciembre de 2021 – C/410/20 – Banco Santander SA.

<sup>60</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5 de mayo de 2022 – C/410/20 para. 52 – Banco Santander S. A y J. A. C., M. C. P. R.

el escenario que se plantea es sustancialmente idéntico desde el punto de vista restitutorio: tras la resolución de Banco Popular, los inversores demandaron al banco, interesando la nulidad del contrato de suscripción de acciones, por error vicio en el consentimiento.<sup>61</sup> En este contexto y en lo que interesa,<sup>62</sup> la Audiencia Provincial de A Coruña se plantea si la normativa europea sobre resolución bancaria<sup>63</sup> se opone

«a que se impongan judicialmente a la entidad emisora, o a la entidad que la suceda universalmente, obligaciones de restitución del contravalor de las acciones suscritas, así como de abono de intereses, como consecuencia de la declaración de nulidad, con efectos retroactivos (*ex tunc*), del contrato de suscripción de las acciones, en virtud de demandas promovidas con posterioridad a la resolución de la entidad».

La pregunta de la audiencia es muy pertinente, pues trata, en definitiva, sobre si la normativa europea de resolución –y los principios que la inspiran– permite excluir el ejercicio de una acción –como es la de nulidad del contrato de suscripción de las acciones–

<sup>61</sup> En particular, los demandantes aducían haber prestado su consentimiento sobre la base de la información contable y patrimonial inexacta e incompleta, que habría sido proporcionada por el folleto de emisión. Alternativamente, impugnaban el contrato de suscripción de las acciones por dolo consistente en el falseamiento y ocultación deliberada de la información relevante sobre la situación patrimonial de la sociedad.

<sup>62</sup> La cuestión prejudicial consta de dos preguntas. La primera se refiere a si los mismos preceptos citados en nota 63 se oponen a que los accionistas ejerciten una acción de responsabilidad al amparo del artículo 6 Directiva 2003/71 con posterioridad a la resolución del banco sobre la base de una defectuosa información del folleto de la emisión contra la entidad emisora o contra la entidad resultante de una fusión por absorción posterior. En sus conclusiones, el Abogado General De la Tour responde de manera afirmativa. Para este comentario, me he centrado en la segunda cuestión.

<sup>63</sup> Se refiere a la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. En particular, lo hace a sus artículos 34.1 a) –en caso de resolución, los accionistas de la entidad tiene que asumir las primeras pérdidas; 53.3 –cuando se produzca la resolución, el importe principal o el importe pendiente de un pasivo, este o cualesquiera obligaciones o reclamaciones derivadas del mismo que no hayan vencido en el momento en que se ejercen dichas competencias se considerarán liberados a todos los efectos, y no podrán computarse en posibles procedimientos ulteriores de la entidad objeto de resolución o de otra sociedad que la suceda en una eventual liquidación posterior–; 60.2 b) –de amortizarse el importe principal de un instrumento de capital, por lo que se refiere al titular del instrumento de capital pertinente, no subsistirá responsabilidad alguna en relación con el importe del instrumento que haya sido amortizado, excepto cuando se trate de pasivos ya devengados o de pasivos resultantes de daños y perjuicios surgidos con motivo del recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización–; y 60.2 c) –en caso de amortización de un instrumento de capital, no se paga indemnización alguna al titular de los instrumentos de capital pertinentes, excepto si se ajusta a lo dispuesto en el apartado 3–.

El contenido de esta directiva fue transpuesto al ordenamiento español por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

y, en consecuencia, que tenga lugar una restitución de las prestaciones derivada de dicha nulidad.

En sus conclusiones, el Abogado General rechaza que proceda la acción de nulidad y, por tanto, la restitución. Se basa en cuatro argumentos. (a) En primer término, considera que los accionistas demandantes dejaron de serlo con la resolución, lo que neutralizaría su legitimación (párr. 94). (b) En segundo lugar, el Abogado General apunta que, si se permitiese a los accionistas ejercitar una acción de nulidad tras la resolución, el efecto retroactivo que supuestamente acompaña a la nulidad les haría perder la condición de accionistas; lo que entraría en conflicto con el propio procedimiento de resolución (párr. 95). (c) En tercer lugar, entiende que el Mecanismo Único de Resolución es anterior a la suscripción de las acciones de Banco Popular que efectuaron los demandantes; por tanto, estos debían conocer el riesgo de una posible amortización de las acciones por esta vía (párr. 96). (d) Por último, advierte que el interés general que subyace a la resolución de una entidad no permite una diferencia de trato entre accionistas que suscribieron sus acciones sobre la base de un folleto erróneo o inexacto –como serían los demandantes en la cuestión prejudicial– y los accionistas que vieron simplemente como sus acciones se cancelaban; esta diferencia no estaría justificada por razones de interés público (párr. 97).

La solución que el Abogado General propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido defendida por parte de la doctrina española.<sup>64</sup> A continuación, me referiré, por separado, a cada uno de los cuatro argumentos, para explicar por qué el punto de vista del Abogado General no es convincente.

a) A mi juicio, la posición que adopta el Abogado General es excesivamente deudora del dogmatismo –cuando no, de la jurisprudencia de conceptos– acerca de la nulidad y la restitución que le sigue. Resulta excesivamente conceptual afirmar que los demandantes pierden la condición de accionistas con la resolución del banco y que, por eso, quedan impedidos para ejercitar una acción de nulidad derivada del contrato por el cual suscribieron las acciones y que tuvo consecuencias sobre su patrimonio. Esta acción de nulidad no se basa en su condición de accionistas, sino en el contrato por el que suscribieron las acciones.<sup>65</sup>

b) Otra cosa es que, si la acción prospera y la nulidad se declara, los efectos retroactivos no sean ni tan potentes ni tan

---

<sup>64</sup> CARRASCO PERERA (2022); GARCÍA VILLARUBIA BERNABÉ (2022). En distinto sentido, advirtiendo que la responsabilidad por folleto falso y la resolución bancaria son piezas esenciales de este sistema, ZUNZUNEGUI PASTOR (2021).

<sup>65</sup> En similar sentido, PÉREZ GUERRA (2022, sec. IV).

inmediatos como el Abogado General pretende (y que estos efectos retroactivos de la nulidad estén por revisarse). La nulidad simplemente hace cesar el contrato, pero, por sí misma, no deshace nada; es la restitución integral y recíproca la que se encarga de disciplinar los efectos retroactivos. Para ello, habrá que estar a si las prestaciones intercambiadas pueden o no restituirse y –de no poderse– a la particular distribución de riesgos que proceda. Por eso, declarar la nulidad de la adquisición de las acciones no entra realmente en conflicto con el mecanismo de resolución. Una vez declarada la nulidad, los inversores no pierden automáticamente tal condición, sino que ello sucederá por efecto de la restitución integral y recíproca.<sup>66</sup>

c) Que el Mecanismo Único de Resolución sea anterior a la suscripción de las acciones tampoco parece decisivo. Si se observa, el enfoque del Abogado General es aquí coincidente con la literalidad del artículo 1314 I CC, pues de algún modo parece atribuir el hecho de la pérdida por resolución de las acciones a los propios demandantes, que habrían asumido ese riesgo con su suscripción. Esta aproximación soslaya que lo determinante en caso de imposibilidad de restitución *in natura* no es el riesgo de posible pérdida (y si este se asume o no al contratar), sino la causa que provocó la imposibilidad de restituir.

d) En fin, tampoco es determinante el cuarto argumento empleado por el AG: la diferencia de trato entre accionistas no justificada por razones de interés público. Este enfoque parece una petición de principio, pues de lo que se trata es de demostrar si, en un caso como el de la cuestión prejudicial (o el de la sentencia objeto de comentario), la nulidad en la adquisición de las acciones (y su posterior pérdida por resolución de la entidad) justifica o no dicha diferencia. Este punto es el núcleo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto en el mismo sentido del AG. El centro de su fallo lo constituye, eso sí, el paradigma general del *bail-in*, o recapitalización interna, frente al

---

<sup>66</sup> De hecho, con las observaciones del Abogado General se aprecian muy bien las costuras de la concepción dogmática que tradicionalmente ha acompañado a la nulidad y a la restitución que le sigue; y de la que también es buen ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta. No me corresponde, ahora, ocuparme de esta cuestión.

*bail-out*, o rescate público. Merece la pena detenerse en esta consideración. El argumento principal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es, en efecto, que la estabilidad general del sistema financiero debe prevalecer sobre el interés particular de los accionistas en un supuesto de resolución bancaria (*bail-in*).<sup>67</sup> No puede compartirse este enfoque ni para el caso objeto de la cuestión prejudicial ni para el que fue objeto de la sentencia comentada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recurre a la ponderación general de intereses que preside el Mecanismo Único de Resolución para despachar cómodamente todos los problemas contractuales que preceden a la adquisición de la condición de accionista; es decir, para derogar el derecho de contratos. Con ello, termina mezclando inadecuadamente dos planos distintos.

Es evidente que el Mecanismo Único de Resolución pretende que sean los accionistas de la entidad resuelta quienes, en primer término, soporten las pérdidas derivadas del proceso [arts. 14 y 15.1.a) Reglamento UE 806/2014 y art. 34.1.a) Directiva 2014/59/UE], reduciéndose al mínimo la posibilidad de que sean los contribuyentes quienes asuman el riesgo y los costes de la resolución. De este modo, el interés de los accionistas, primero –y de los acreedores, después– se sacrifica para conseguir la estabilidad financiera en aras del interés general (*bail-in*).

Ahora bien, situados en este contexto, la pregunta es si dentro del cuerpo de accionistas que pecha con las consecuencias de la resolución merece incluirse también a aquellos que adquirieron esa condición por virtud de un negocio anulable con su voluntad viciada; o si tiene sentido hacer alguna distinción, derivada del derecho de contratos. A mi juicio, lo tiene tanto para quienes se convirtieron en accionistas como consecuencia de la conversión de las preferentes (caso de la sentencia comentada) como para quienes adquirieron acciones en el marco de la ampliación de capital de 2016 (caso de la STJUE), si se demuestra judicialmente que adquirieron la condición de accionistas como consecuencia de un error inducido por la entidad. No creo que semejante distinción contradiga el principio de que son los accionistas (y acreedores) quienes soportan en primer término el coste de la resolución (*bail-in*); simplemente lo matiza para esta parte formal del accionariado.

Al apoyarse exclusivamente en el interés general en detrimento de los intereses de los accionistas que adquirieron tal condición en

---

<sup>67</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5 de mayo de 2022 – C/410/20 para. 36-37, 46 – Banco Santander S. A y J. A. C., M. C. P. R. Textualmente (para 36): «Así pues, si bien existe un claro interés general en garantizar en toda la Unión una protección fuerte y coherente de los inversores, no puede considerarse que ese interés prevalezca en todo caso sobre el interés general consistente en garantizar la estabilidad del sistema financiero».

virtud de un contrato nulo (anulable), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se aparta de las soluciones propias del derecho de contratos ordinario que serían, de otro modo, aplicables. Sin embargo, resulta cuestionable que el Mecanismo Único de Resolución y, sobre todo, el Reglamento UE 806/2014 impongan esta solución. No conviene omitir que –tanto en el caso objeto de la cuestión prejudicial como en el de la sentencia del TS– los accionistas ni discuten ni se oponen a la resolución de la entidad como supuesto expropiatorio de sus derechos; simplemente impugnan el contrato de adquisición de las acciones, por vicio en el consentimiento. La posibilidad de impugnar el contrato que condujo a la adquisición de las acciones es un derecho que no se deriva de la condición de accionista, sino que viene concedido por el Derecho (nacional) de contratos. Pues bien, ni la Directiva 2014/59/UE ni el Reglamento UE 806/2014 derogan expresamente esta posibilidad de impugnar el contrato de adquisición.<sup>68</sup> Las normas del Mecanismo Único de Resolución solo afectan al derecho de propiedad de los accionistas, –y ni siquiera de manera absoluta<sup>69</sup>–, no al derecho de contratos. Si el interés general y el principio del *bail-in* justificaba derogar el derecho de contratos en toda su extensión, es algo que el Reglamento UE 806/2014 y la Directiva 2014/59/UE tendrían que haber establecido explícitamente (como se hace, por cierto, con el régimen de insolvencia ordinario).<sup>70</sup> Es lo que se espera que ocurra en contextos excepcionales: que sea el legislador el que derogue temporalmente el derecho de contratos ordinario.<sup>71</sup> Por este motivo, la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resulta fundada: al negar cualquier virtualidad a la acción restitutoria contractual ejercitada sobre la base del interés general (*bail-in*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece una paridad entre accionistas que soslaya el derecho de contratos; a la que no obligan ni la directiva ni el reglamento. La conclusión habría debido ser la contraria: que el Mecanismo Único de Resolución, si bien basado en el principio general del *bail-in*, protege y ampara excepcionalmente los derechos de aquellos accionistas que

<sup>68</sup> Véase, en este sentido, COLINO MEDIAVILLA, 2022. Respecto a la acción indemnizatoria, también planteada en la cuestión prejudicial, el autor advierte –con razón– que las acciones ejercitadas se derivan de «un acto antijurídico de la emisora», de modo que no equivalen a «reclamar una indemnización por la absorción de pérdidas necesaria para solucionar la crisis de la entidad».

<sup>69</sup> Véanse los considerandos 13, 50 y 130 de la Directiva 2014/59/UE; también el considerando 62 del Reglamento UE 806/2014.

<sup>70</sup> Véase, artículo 15.1 g) Reglamento UE 806/2014, así como los Considerandos 59 a 63 de este.

<sup>71</sup> Ha sido el caso, por ejemplo, de las medidas en materia de contratos como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 que se contienen, entre otras normas, en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

adquirieron tal condición sobre la base de información defectuosa o de un error inducido de la propia entidad emisora.<sup>72</sup>

El lector atento bien podría hacer aquí una llamada de atención en clave de costes sociales: abrir la puerta a acciones reparatorias de este grupo de accionistas afectados conduciría a una (nueva) litigación masiva frente a la entidad sucesora que desincentivaría, en últimas, la adquisición de entidades resueltas, conculcándose subrepticamente los principios del Mecanismo Único de Resolución. Pero esta objeción no sería del todo convincente. El contexto de la liquidación de Banco Popular es uno muy particular, con accionistas procedentes de la conversión de participaciones preferentes y de una ampliación de capital en condiciones muy límites. Es un futurible pensar que todas las entidades financieras llegarán al *failing or likely to fall* en la misma situación, es decir, con una composición del accionariado más proclive a la litigación masiva. A ello se añade que la fijación del precio en la resolución tiene, por hipótesis, en cuenta el posible ejercicio de acciones contra la entidad.<sup>73</sup> Por eso, del caso Banco Popular no se deben extraer excesivas conclusiones generales a futuro sobre el Mecanismo Único de Resolución.

En fin, no deja de sorprender que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recurra a un razonamiento inspirado en el interés general, para prescindir, en últimas, del Derecho nacional aplicable al caso; y que lo haga en favor de la estabilidad del sistema financiero, cuando en otras ocasiones, no tan lejanas, ha hecho exactamente lo contrario.<sup>74</sup> Con su sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sienta un peligroso precedente de denegación del ejercicio de una acción, amparándose en presupuestos que no se encuentran dentro del sistema normativo que aplica.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> En el mismo sentido, COLINO MEDIAVILLA, 2022.

<sup>73</sup> Ampliamente en COLINO MEDIAVILLA, 2022.

<sup>74</sup> Me refiero a la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea 21 de diciembre de 2016– C-154/15, C-307/15 y C-308/15 – Gutiérrez Naranjo. Si se recuerda, en esta ocasión el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos reparatorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos reparatorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

<sup>75</sup> En este sentido, se ha advertido, incluso, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sienta un precedente denegación del derecho a la tutela judicial efectiva (PÉREZ GUERRA, 2022, sec. III y V; COLINO MEDIAVILLA, 2022). En su sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 5 de mayo de 2022 – C/410/20 para. 47 – Banco Santander

## VIII. CONCLUSIÓN

Para concluir, volvamos a la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> objeto de comentario. Casi hacia el final de ella, el Tribunal Supremo reconoce que el periodo temporal tomado en consideración por la Audiencia Provincial para calcular el valor de las acciones irrestituibles *in natura* es fruto de una

«decisión discrecional del tribunal que se estima acertada incluso especialmente prudente, teniendo en cuenta, por un lado, la necesidad de valorar la conveniencia de una enajenación de las acciones y, por otra, la liquidez de la inversión en acciones cotizadas, dadas las características del mercado bursátil» (FD 3.º [8]).

Quienes estén familiarizados con esta clase de supuestos rápidamente advertirán que, con su resolución, el Tribunal Supremo se aparta de su jurisprudencia anterior sobre el momento de cálculo del valor *ex* artículo 1307 CC,<sup>76</sup> sentando a su vez un peligroso precedente al que tendrá que volver a enfrentarse. Cuando ello suceda, es presumible que el Tribunal Supremo aluda al carácter variable en el precio de cotización de las acciones para justificar lo excepcional del caso;<sup>77</sup> o que directamente omita el resultado concreto de este fallo para volver a una aplicación correcta del artículo 1307 CC, como ya

---

S. A y J. A. C., M. C. P. R., despacha el posible conflicto con el derecho fundamental, advirtiendo que ni el derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho de propiedad son derechos absolutos. Como se ha indicado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea plantea una falsa dicotomía, pues no es el derecho de propiedad el que está en juego, sino el derecho de contratos. Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no explica si el Derecho europeo permite o no excluirlo en este supuesto.

<sup>76</sup> En este sentido, puede verse la STS, 1.ª, 7 de junio de 2005, FD 4.º (MP: Ruiz de la Cuesta Cascajares; RJ 2005/4422). Mucho más reciente es la STS, 1.ª, 12 de enero de 2022, FD 2.º (4) (MP: García Martínez; RJ 2022/18) que, en un caso de nulidad de la adquisición de participaciones preferentes y deuda subordinada que posteriormente fueron canjeadas por acciones, afirma literalmente: «Pues bien, lo que el recurrido debe restituir conforme a lo establecido por el artículo 1307 CC, son “los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”, es decir, los rendimientos de las preferentes y la deuda subordinada, el valor de las preferentes y la deuda subordinada *cuando se “perdieron”*, es decir, *cuando salieron del patrimonio del recurrido a consecuencia de la operación por la que se vendieron*, al tiempo que se suscribían las acciones de la recurrida (la operación de canje), y los intereses desde la misma fecha» (la cursiva es mía).

<sup>77</sup> De hecho, en la sentencia, se lee: «Por ello tiene sentido que, en un caso como el presente en principio deba tomarse como referencia para determinar el importe del bono por equivalencia el de la cotización en el mercado oficial de valores de las acciones en la fecha en que se produjo su adquisición por canje de los bonos convertibles» (FD 3.º [6]). También: «Partiendo de ese carácter eminentemente variable del precio de las acciones cotizadas, la pretensión de que su valor a los efectos de su restitución sea prácticamente nula, cuando la acción de nulidad se presenta después de que esa pérdida de valor se haya consumado [...]» (FD 3.º [7]).

ha sucedido.<sup>78</sup> Pero ello no oculta la mala aplicación del artículo 1307 CC en este caso. El Tribunal Supremo impone una restitución del valor en un supuesto de nulidad por error vicio imputable al banco. Como resultado, los inversores terminan compensando a la entidad la pérdida de valor de las acciones que adquirieron en el canje. Por eso, para ellos, el resultado de la sentencia representa casi una sanción. Lo correcto habría sido entender que la pérdida de las acciones fue imputable al banco, que no pudo ni supo remediar el proceso de pérdida de liquidez en que se vio envuelto. Luego, el riesgo de pérdida había de haberlo asumido la entidad, restituyendo la cantidad invertida (46.000 euros) a cambio de las acciones amortizadas sin valor, esto es, un moderno *mortuus redhibetur*.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE LUBIANO, Jokin: «La resolución del Banco Popular», *Almacén de Derecho*, 8 de junio 2017, disponible en <https://almacendederecho.org/la-resolucion-del-banco-popular> (última consulta: 2 de junio de 2022)
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Una vez más, la batalla por las nulidades contractuales de las compras de acciones del Banco Popular», *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo*, 21 enero 2022, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-vez-mas-la-batalla-por-las-nulidades-contractuales-de-las-compras-de-acciones-del-banco-popular/> (última consulta: 13 de junio de 2022)
- CARRASCOSA, Antonio, y DELGADO, Mario: «La unión bancaria. Nuevo marco de resolución bancaria en la UE», *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos 2015*, 2015, disponible en [https://www.ieaf.es/imagenes/Publicaciones-FEF/OBSERVACIONES-2015/LA\\_UNION\\_BANCARIA\\_NUEVO\\_MARCO\\_DE\\_RESOLUCION\\_BANCARIA\\_EN\\_LA\\_EU.pdf](https://www.ieaf.es/imagenes/Publicaciones-FEF/OBSERVACIONES-2015/LA_UNION_BANCARIA_NUEVO_MARCO_DE_RESOLUCION_BANCARIA_EN_LA_EU.pdf) (última consulta: 2 de junio de 2022)
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «¿La STJUE de 5 de mayo de 2022 se ajusta al régimen de la resolución?», *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2022, disponible en <https://almacendederecho.org/la-resolucion-del-banco-popular-y-la-stjue-en-el-asunto-c-410-20> (última consulta: 13 de junio de 2022)
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Artículo 1487» en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010, p. 1623.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Vol. 3, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.
- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, Manuel: «Las pretensiones de indemnización de los accionistas por la adquisición de títulos en el mercado de valores», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 102, 2020, disponible en <https://www.uria>

---

<sup>78</sup> Así, la STS, 1.ª, 27 de abril de 2022, FD 6.º (3.7) (MP: Díaz Fraille; RJ 2022/2120). En un supuesto de nulidad, por error vicio, de la adquisición de acciones (OPS de Bankia), que luego fueron canjeadas voluntariamente, determina el valor de restitución «por el precio de su venta»; o, lo que es lo mismo, aplica adecuadamente el artículo 1307 CC.

- com/es/publicaciones/7769-las-pretensiones-de-indemnizacion-de-los-accionistas-por-la-adquisicion-de-titul (última consulta: 2 de junio de 2022).
- JEREZ DELGADO, Carmen: *La anulación del contrato*, Civitas, Madrid, 2011.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «De nuevo sobre el error», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 55, 2012, pp. 711-740.
- PÉREZ GUERRA, Miguel: «Comentario a la opinión del abogado general de la UE en relación con la imposibilidad de reclamar daños y perjuicios a la entidad resuelta. Asunto C-410/20 Banco Santander, SA», *Revista de Derecho de Sociedades*, Núm. 64, 2022.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.
- PUPPE, Ingeborg: *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4.ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2019.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: *La estructura de la restitución contractual*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2022.
- SCHNEIDER, Egon: *Logik für Juristen*, 6.ª ed., Vahlen, München, 2006.
- ZIMMERMANN, Reinhard: «The Unwinding of Failed Contracts in The UNIDROIT Principles», *Uniform Law Review*, XVI, 2010, pp. 563-587.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Responsabilidad por folleto falso tras la resolución del Banco Popular», *Hay Derecho*, 9 diciembre 2021, disponible en <http://www.rdmf.es/2021/12/responsabilidad-folleto-falso-tras-la-resolucion-del-banco-popular/> (última consulta: 2 de junio de 2022)

## JURISPRUDENCIA CITADA

- STJUE 5 de mayo de 2022 – C/410/20 para. 47 – Banco Santander S. A y J. A. C., M. C. P. R.
- STS, 1.ª, 27 de abril de 2022, (MP: Díaz Fraile; RJ 2022/2120).
- STS, 1.ª, 12 de enero de 2022 (MP: García Martínez; RJ 2022/18).
- STS, 1.ª, 8 de junio de 2020 (MP: Vela Torres; RJ 2020/1596).
- STS, 1.ª, 5 de diciembre de 2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/5010).
- STS, 1.ª, 5 de junio de 2019 (MP: Orduña Moreno; RJ 2019/244).
- STS, 1.ª, 17 de julio de 2018, (MP: Vela Torres; RJ 2018/2969).
- STS, 1.ª, 5 de abril de 2018 (MP: Vela Torres; RJ 2018/1409).
- STS, 1.ª, 16 de octubre de 2017 (MP: Parra Lucán; RJ 2017/4286).
- STS, 1.ª, 13 de julio de 2017 (MP: Vela Torres; RJ 2017/3961).
- STS, 1.ª, 15 de abril de 2009 (MP: Almagro Nosete; RJ 2009/3338).
- STS, 1.ª, 7 de junio de 2005 (MP: Ruiz de la Cuesta Cascajares; RJ 2005/4422).

## 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), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **José María MARTÍN FABA** (Profesor ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Doctor en Derecho. 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. Propiedad horizontal. El plazo de prescripción de la acción de reclamación de las cuotas por gastos generales del artículo 9.1. e) LPH es el de 5 años del artículo 1966. 3.ª CC.**—Se ha de considerar aplicable a este supuesto el plazo de cinco años previsto en el citado artículo 1966.3.º, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, situación en la que resulta plenamente subsumible el caso de la contribución de los comuneros a los gastos comunes establecida como obligación en el artículo 9.1.e) LPH, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley haya de determinar la aplicación de un plazo distinto de prescripción. Los presupuestos de la comunidad son anuales y en el ejercicio económico anual se producen los gastos correspondientes que han de ser satisfechos por los comuneros según la cuota asignada.

**Doctrina jurisprudencial sobre la prescripción. Su aplicación no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva.**—En efecto, como recuerda la STS 142/2020, de 2 de marzo, con cita, entre otras, de las SSTS 721/2016, de 5 de diciembre y 623/2016, de 20 de octubre, siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (STS de 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987, entre otras muchas). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala, reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

La estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas, STC 148/2007, de 18 junio).

**La interrupción del plazo de prescripción mediante una reclamación extrajudicial no requiere el cumplimiento de formalidad alguna.**—La interrupción del plazo de prescripción mediante una reclamación extrajudicial de la deuda no requiere especial formalidad y es cuestión de prueba la existencia de la reclamación, su fecha y la recepción del requerimiento (SSTS 142/2020, de 2 de marzo; 74/2019, de 5 de febrero y 97/2015, entre otras muchas). (STS de 30 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La cuestión jurídica que se plantea trata sobre la determinación del plazo de prescripción aplicable a la reclamación de las cuotas por gastos generales al amparo del artículo 9.1.e) de la LPH

respecto de deudas nacidas antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre (que redujo el plazo general de prescripción para las acciones personales del artículo 1964 CC de 15 a 5 años).

Una Junta de la Comunidad de Propietarios acordó en octubre de 2014, iniciar acciones legales contra un comunero por impago de las cantidades debidas en concepto de gastos de comunidad desde diciembre de 2000 a septiembre de 2014. La demanda se presentó en julio de 2015. Tanto el juzgado como la audiencia consideraron que el plazo de prescripción aplicable era el de los 15 años del antiguo artículo 1964 CC. El TS dio lugar al recurso de casación al considerar que el plazo de prescripción es de los 5 años del artículo 1966.3 CC, pero aplicando la jurisprudencia sobre interrupción de la prescripción por reclamaciones extrajudiciales, procedió a condenar a la demandada al pago de las cuotas impagadas en los 5 años anteriores al burofax enviado antes de la demanda, más las devengadas desde entonces y hasta su pago, de acuerdo con lo que solicitaba la Comunidad de Propietarios. (C. O. M.).

**2. Contrato de seguro. Interrupción de la prescripción: solidaridad impropia.**—La interrupción de la prescripción, tratándose de las obligaciones solidarias no opera en los supuestos de solidaridad impropia, como es la derivada de la responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado

**Excepción.**—Esta jurisprudencia no es aplicable a las relaciones existentes entre aseguradora y asegurado, unidos por vínculos de solidaridad derivados de la ley, que atribuye al perjudicado la acción directa contra la aseguradora del causante del daño, en tal sentido, la jurisprudencia ha reconocido que la reclamación frente al asegurado perjudica a su aseguradora, así, igualmente proclama la solidaridad pasiva entre asegurado y asegurador frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora.

**Dies a quo.**—El plazo de prescripción contra la aseguradora deba contarse a partir del momento en que adquirió firmeza la sentencia dictada por el tribunal italiano.

**Plazo de prescripción de la acción directa desde la sentencia: norma aplicable.**—No es de aplicación el plazo de prescripción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, toda vez que este opera en el marco de las relaciones contractuales propias de un contrato de dicha naturaleza, sin que entre el actor y la compañía aseguradora existan vínculos de tal clase. Tampoco el artículo 1968.2 del CC, dado que no nos encontramos ante una reclamación derivada de responsabilidad extracontractual. En el contexto expuesto, el plazo de prescripción será el que rija para el ejercicio del derecho que tiene el perjudicado frente a la entidad asegurada (en este caso es el propio de un contrato de transporte internacional de mercancías, y, por consiguiente, el de uno o tres años según resulta del juego normativo del art. 32 de la CMR).

**Contrato de transporte. Responsabilidad del transportista: supuesto.**—La jurisprudencia ha reconocido, en un caso de robo de la mercancía, (estacionamiento en lugar peligroso, accesible y no vigilado, débil protección de la mercancía en un remolque cubierto por una lona y ausencia de vigilancia

por el conductor) se consideró que dichas circunstancias permitían que la calificación de la conducta del transportista tuviera acogida en el sentido amplio del dolo, respecto del incumplimiento de los deberes elementales de la obligación de custodia que le incumbía; extremo que justifica la no aplicación de los límites cuantitativos derivados del artículo 23, en relación al artículo 29 del CMR, que habla de dolo o culpa que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción a que se refiera. (STS de 26 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de don E., interpuso demanda contra M. Cía. de Seguros, SA, en la que solicitaba se condenara a la mercantil demandada a que abone al actor cierta cantidad de dinero a la que fue condenada su asegurada U. S. A. por sentencia de un tribunal italiano, más los intereses legales, en este caso los previstos en el artículo 20 de la ley de Contrato de Seguro. La parte demandada se opone a tal petición y solicita que se desestime la demanda. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Valencia dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda, toda vez que admitió la excepción de prescripción y rechazó la aplicación del artículo 23 de la LCS, dado que este último opera entre las partes del contrato y no respecto de un tercero perjudicado ajeno a dicho vínculo contractual. Recurrida en apelación por la representación procesal de parte demandante, la sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia impugnada, aunque con matices respecto al plazo de prescripción y el *dies a quo* del mismo. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Derecho al honor de las personas jurídicas: menor intensidad de su protección, y falta de vulneración.**—La protección del derecho al honor de las personas jurídicas posee una menor intensidad (SSTS 485/2020, de 22 de septiembre, y 438/2020, de 17 de julio, y las que en ellas se citan). Por ello, la difusión de una información sobre el riesgo de incendio de unas instalaciones ejecutadas por una entidad que, tras las comprobaciones oficiales, fue descartado, no puede ser determinante de una vulneración de su derecho al honor. Debe ponderarse la limitada difusión, en ámbitos estrictamente profesionales y oficiales, de la referida denuncia, y la actuación de su autora dentro de su marco estatutario de fomento de las medidas de seguridad. La exigencia de una total exactitud en la denuncia de peligros, para evitar una condena por intromisión ilegítima en el honor de la entidad de que se trate, podría desincentivar la comunicación a las autoridades competentes de deficiencias, anomalías o defectos de seguridad. (STS de 29 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una mercantil, adjudicataria de la ejecución de unas instalaciones para alojar una feria de artesanía de la Comunidad de Madrid, inició un proceso sobre tutela del derecho fundamental al honor, pues consideró perjudicada su reputación por una informa-

ción que alegaba no veraz, difundida por una asociación y en la que se le imputaba haber empleado materiales que no cumplían con la normativa contra incendios. La información fue remitida a la promotora del concurso público, así como a otros departamentos de la Comunidad Autónoma y Ayuntamiento de Madrid, y a la asociación que agrupaba a los profesionales que participaban en la feria, a los pocos días de su comienzo. A resultas de tal comunicación, la entidad actora acreditó, a requerimiento del Ayuntamiento, que la instalación cumplía con la normativa referida. La asociación que difundió la información tenía entre sus fines estatutarios «la defensa de la actividad propia de la profesión, especialmente, a través del fomento de las medidas de seguridad ciudadana y laboral, y control de calidad en las carpas y estructuras móviles». El Juzgado de Primera Instancia apreció que la información no era veraz, pues se basó únicamente en seis fotografías que en un día no determinado tomó un representante de la demandada no llamado a declarar, y causaba un grave perjuicio a la demandante. La Audiencia Provincial revocó la sentencia con fundamento en que la comunicación se limitaba a poner en conocimiento lo que aquella entendió una serie de deficiencias, a ofrecer su colaboración, sin haberse divulgado pública e indiscriminadamente, y sin que la inexactitud de la información permitiera deducir un atentado a la profesionalidad de la actora, cuando fue remitida para su comprobación por las instituciones. La demandante recurrió en casación amparándose en la infracción del artículo 18 de la Constitución Española, y del artículo 7.7 de la LO 1/1982, en relación con el artículo 2.1 de la misma, argumentando que debía considerarse prevalente el derecho al honor frente a la libertad de información, al no ser esta veraz, pues la demandada no había actuado con la diligencia exigible para comprobar los hechos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El derecho al honor de las personas jurídicas ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 139/1995, de 26 de septiembre (recurso 83/1994), a pesar de que la Constitución no contiene reglas de atribución de derechos fundamentales a dichas entidades. La sentencia extractada realiza una ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la información, que resulta plausible por la presencia de valores como el de la seguridad de los usuarios de las instalaciones pues, de exigirse la total exactitud de la información, la sociedad en su conjunto resultaría perjudicada. A ello se añade la menor intensidad en la protección del honor de las personas jurídicas (vid. SSTs 429/2020, de 15 de julio, 157/2020, de 6 de marzo, 539/2019, de 7 de noviembre, 35/2017, de 19 de enero, y 594/2015, de 11 de noviembre, entre otras). (F. S. N.)

**4. Derecho al honor.**—El Tribunal Supremo defiende que la retransmisión en un programa de televisión informativo de una entrevista realizada con el consentimiento del entrevistado no supone una infracción a su honor. El hecho de no haber sopesado adecuadamente las repercusiones que la emisión de la entrevista pudiera tener no implica la existencia de una violación del derecho al honor.

**Proyección pública del entrevistado. Ponderación.**—Es doctrina de este Tribunal (SSTS 71/2015, de 13 de febrero y 370/2019, de 27 de junio) que «todo conflicto entre derechos y libertades fundamentales debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional teniendo en cuenta las circunstancias del caso». La Sala considera que un Presidente de Asociación de Vecinos es un destacado representante del barrio, lo que le dota de una «indudable proyección pública en el ámbito que gestiona», destacando que el programa de televisión estaba relacionado con la ocupación de inmuebles, tema de gran trascendencia e interés público.

**Derecho a la imagen.**—Tal y como se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 132/1995, de 11 de septiembre), no procede dar a la publicación de imágenes accesorias «un tratamiento distinto al que merece el conjunto de la información». En este sentido, la retransmisión de secuencias inocuas para la imagen del entrevistado, relacionadas con la información que se pretende transmitir y relativas al ejercicio de sus funciones, no pueden suponer un atentado contra su imagen, siempre y cuando tengan interés público. (STC de 30 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Santiago, Presidente de una Asociación de Vecinos, interpuso demanda contra Mediatso S. L. y la Corporación de Radio y Televisión Española S. A. solicitando que se declarase que los demandados habían cometido una intromisión ilegítima en su honor en relación con una entrevista difundida en un programa de Televisión Española sobre ocupación de viviendas que se habría realizado mediante engaño. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al no considerar probado el engaño alegado. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación que, asimismo, fue desestimado por la Audiencia Provincial. Santiago interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación argumentando que la difusión del reportaje constituyó una extralimitación del derecho a la información que afectó a su derecho al honor y a su imagen, pues no cumplió con la finalidad para la que se prestó el consentimiento. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (M. S. G.)

**5. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.**—El titular de una página web será responsable de las intromisiones ilegítimas cometidas por los usuarios del chat de un diario digital, tal como señala el artículo 16.1 de la Ley 34/2002, si tuvo conocimiento efectivo de los comentarios y no actuó con diligencia para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos. El requisito del «conocimiento efectivo» establecido en el precepto señalado ha sido interpretado de manera amplia, de tal manera que no se exige que, en todo caso, exista una previa resolución del órgano competente que haya declarado la ilicitud de los datos y ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos. Pueden existir otras circunstancias que supongan la existencia de ese conocimiento efectivo.

**Independencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.**—La captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona puede dar lugar a tres supuestos: 1) que se vulnere su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá cuando se invada la

intimidad, pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; 2) que se vulnere el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; 3) que la imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada. (STS de 27 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 5 de julio de 2005, el diario EM publicaba un artículo relatando la desgraciada vida de una persona que había tenido que enterrar a dos de sus tres hijos, presuntamente asesinados por su marido, entre otras penosas situaciones. En la edición digital del diario, varios lectores hicieron comentarios al artículo a través de la página web. M presentó una demanda contra la editorial del diario, en la que solicitó: a) que se declarase que la publicación de ese artículo y de los comentarios de los lectores constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de la demandante y de sus hijos fallecidos; b) se condenara a la editorial a pagarle 60.000 euros como indemnización por daños morales; c) se la condenara al cese inmediato en la intromisión en esos derechos y a la publicación de la sentencia. El Juez de Primera Instancia declaró todas las intromisiones señaladas en la demanda, pero redujo la indemnización a 20.000 euros.

La editorial demandada interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en la declaración de intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de los hijos de la demandante, que se dejó sin efecto.

La editorial demandada interpuso recurso de casación, basado en tres motivos: 1) la infracción del artículo 16.1.a) y último párrafo de la Ley 34/2002, al hacerla responsable de los comentarios publicados por los lectores en el chat de la noticia; 2) se impugna la ponderación realizada entre la libertad de información del diario y los derechos de la personalidad de la demandante y la memoria de sus hijos fallecidos; 3) se impugna la cuantía de la indemnización a que fue condenada.

En cuanto a la primera alegación, entiende el Tribunal Supremo que no cabe aplicar la exención de responsabilidad del prestador de servicios del artículo 16.1 de la Ley 34/2002, por los siguientes motivos: a) que la información se refiera a una persona que carece de relevancia pública ni ostenta un cargo público, hace que no pueda considerarse imprevisible para los responsables de la edición digital del diario que, en caso de habilitar un chat anejo al artículo para que los lectores pudieran publicar sus comentarios, algunos de estos comentarios fueran ofensivos para la afectada y agravaran su aflicción; b) el propio hecho de abrir un chat anejo a este tipo de noticias supone un riesgo objetivo ante la posibilidad de comentarios ofensivos, malintencionados o simplemente poco cuidadosos, que debe asumir la editora, por lo que aumenta su deber de supervisión; c) la pasividad de la demandada ante estos comentarios alojados en su web y su falta de diligencia en retirar-

los o hacerlos inaccesibles, se hacen evidentes porque cuando recibió la demanda no procedió a retirarlos. Por tanto, desestima este primer motivo de casación.

A continuación, el Alto Tribunal se refiere al conflicto entre el derecho a la libertad de información de la editorial demandada y los derechos al honor e intimidad personal y familiar de la demandante, así como la memoria de sus hijos fallecidos. En primer lugar, afirma que la información contenida en la noticia es de interés general. Las referencias a la intimidad personal y familiar incluidas se encuentran amparadas por la libertad de información, incluso aunque llegue a producirse la caracterización de los afectados. Explica el Tribunal Supremo que la crónica de sucesos, dentro de los márgenes de los usos propios de este género periodístico, permite que la información publicada incorpore un cierto grado de caracterización de las personas a que se refiere. Por otro lado, las fotografías de los hijos de la demandante en el diario no constituyen un atentado al derecho a la intimidad ni al derecho a la propia imagen, pues no muestran ningún aspecto reservado ni tienen ninguna connotación denigratoria. De ahí que el Tribunal Supremo estime este segundo motivo de casación.

Finalmente, por lo que se refiere al tercer motivo, explica el Tribunal Supremo que, al modificarse la calificación de la conducta de la demandada y la incidencia de tal conducta en la situación en la que se encuentra sumida la demandante, considera procedente la reducción de la indemnización. Señala que la cuantía responde a la gravedad de la conducta de la demandada, a la vista del carácter denigratorio de algunos comentarios vertidos en el chat, y a la entidad de la lesión que la misma ha producido. De ahí que el Alto Tribunal acabe estimando en parte el recurso.

NOTA.—Sobre el significado del requisito del «conocimiento efectivo», establecido en el artículo 16 de la Ley 34/2002, *vid.* la STS de 2 de junio de 2020. Respecto al contenido jurídico del derecho a la intimidad y a la propia imagen, *vid.* la STC 156/2001, de 2 de julio. (S. L. M.)

**6. Derecho al honor. Libertad de información. Intromisión ilegítima. Juicio de ponderación. Requisitos necesarios para la preeminencia de la libertad de información sobre el honor o intimidad de la persona.**—Debe tomarse como punto de partida la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, tan conocida que huelga la cita de sentencias concretas, según la cual la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de información sobre el derecho al honor solo puede mantenerse en el caso concreto si concurren tres requisitos: interés general o relevancia pública de la información comunicada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas; proporcionalidad, es decir, que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias; y veracidad, que es el requisito propiamente legitimador de la libertad de información, pues a diferencia de los otros dos, este no es exigible cuando se ejerce la libertad de expresión.

**La veracidad como elemento de la información. Significado. Requisitos. Doctrina jurisprudencial.**—Para la jurisprudencia el concepto de veraci-

dad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se puede y debe exigir que lo que transmite como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De ahí que, cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, pueda no ser necesaria una comprobación mayor que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si esta puede mencionarse en la información misma (STC 178/1993). En la misma línea, las SSTS 258/2017, de 26 de abril; 456/2018, de 18 de julio; y 252/2019, de 7 de mayo. Así pues, el deber de veracidad ha de entenderse como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información con el transcurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones (SSTS 384/2020, de 1 de julio; 170/2020, de 11 de marzo; 774/2020, de 24 de febrero; 51/2020, de 22 de enero; 606/2019, de 13 de noviembre; y 252/2019, de 7 de mayo, entre otras).

**Validez de la información. Carácter no injurioso, ofensivo o difamatorio de las expresiones vertidas o de las conductas imputadas a los demandantes.**—Indiscutido e indiscutible el interés general del núcleo de la información transmitida en el artículo enjuiciado, los hechos en concreto atribuidos a los demandantes hoy recurrentes no menoscaban por sí mismos su dignidad y consideración ante los demás, ya que consisten en el adoctrinamiento a los alumnos en una determinada corriente de la religión islámica, más integrista que otras, llevándolos a rezar a una mezquita determinada, conducta no reprochable ni deshonrosa en sí misma, como tampoco lo sería en otra religión, y en la pertenencia a una determinada corriente del Islam caracterizada por su radicalidad, lo que tampoco es socialmente reprochable. Si a lo anterior se une que el informador escribió su artículo después de consultar diversas fuentes oficiales y que intentó obtener la versión del centro de menores sin conseguirlo, la conclusión procedente es que el juicio de ponderación del tribunal sentenciador no infringió las normas, sino que por el contrario, se ajustó a la jurisprudencia de esta Sala. (**STS de 24 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—A y B interpusieron demanda, por intromisión ilegítima en su derecho al honor, contra E y la empresa editora del diario ABC, en cuyas páginas, tanto en formato papel como electrónico, el periodista había publicado un artículo en el que, en general, se hacía eco del riesgo de radicalización de menores extranjeros no acompañados (MENAs), de origen marroquí, acogidos en centros de menores de la Generalitat, gestionados por fundaciones privadas, y cuyos educadores, según el periodista, eran seleccionados principalmente por la identidad lingüística que mantenían con dichos menores. En el artículo en cuestión se aludía, en concreto, al peligro que suponía la actividad de los dos demandantes, identificados por sus nombres y apellidos, a quienes se les atribuía labores de adoctrinamiento religioso consistentes en llevar a los menores a una mezquita donde se difundían ideas radicales propias del integrismo islámico, así como

la pertenencia de uno de los educadores a una organización político-religiosa prohibida en muchos países por estar alineada con el islamismo más radical. Considerando el autor del reportaje que con esas conductas se aumentaba el riesgo de que los menores que se encontraban en una situación de evidente vulnerabilidad, dada su situación de desarraigo familiar y social, quedaran expuestos a la captación por grupos yihadistas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la demanda, al considerar que, además del interés general de la información publicada, no concurría intromisión ilegítima ni lesión del honor de los actores, pues las conductas que se les imputaban no eran injuriosas ni ofensivas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**7. Diferencias entre libertad de información y libertad de expresión.**—La libertad de expresión comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. En cambio, la libertad de información abarca la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a veces necesitan apoyarse mutuamente. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos, es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante.

Por otro lado, la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información. Este requisito, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos. (**STS de 16 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—El 10 de diciembre de 2016, el diario EE publicó un artículo sobre un futbolista y las sociedades de las que era dueño, dando a entender que las utilizaba para evadir el pago de tributos. R interpuso demanda contra la editora de EE, el director del periódico y los dos periodistas que firmaban el artículo. Se pedía que se declarara que dicho artículo constituía una intromisión ilegítima en el honor del demandante, en la medida en que contenía afirmaciones absolutamente tendenciosas y denigrantes contra su persona, en un claro intento de menoscabar su fama y notoriedad. Además, se pedía también la condena al pago de una indemnización.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Apreció la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condenó a los demandados al pago de una indemnización en una cuantía inferior a la reclamada. El Juez concluyó que los demandados no actuaron con la diligencia debida en la forma de redactar la noticia, pues, aun siendo veraz la información, su fondo o forma resultaban lesivos del honor de una tercera persona. Entendió que el hecho de que el demandante hubiera sido condenado por sentencia

firme por la comisión de tres delitos contra la Hacienda Pública no justificaba la forma y el fondo de la noticia.

Los demandados recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Señaló que el artículo estaba construido con datos objetivos obtenidos: a) de un registro público, como es el Registro Mercantil, que por este motivo no constituye una intromisión ilegítima en su vida privada; b) de información del juicio penal contra el jugador y su padre por irregularidades con Hacienda, que tampoco constituye una intromisión en la vida privada del actor porque es un hecho notorio y de interés general por la repercusión mediática del jugador. Entendió la Audiencia que la libertad de expresión de los demandados debía prevalecer sobre el derecho al honor.

La sentencia de apelación fue recurrida por el actor, alegando la infracción del artículo 20.1.d) CE, en relación con el artículo 18.1 CE y el artículo 7.7 LO 1/1982. Comienza señalando el Tribunal Supremo que no es necesario distinguir entre los elementos informativos y valorativos, a los efectos de aplicarles un régimen distinto al realizar el juicio de ponderación entre los derechos afectados, pues todo el artículo tiene una finalidad informativa y propiamente no existen valoraciones de la conducta.

Por otro lado, el Alto Tribunal considera que debe prevalecer el derecho a la información sobre el derecho al honor, pues se cumplen los criterios jurisprudenciales establecidos para resolver este tipo de conflictos: 1) los hechos narrados tienen interés general, atendiendo al carácter público del personaje afectado por la información, la sensibilidad social sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el medio de difusión de la noticia (un periódico de información económica); 2) el objeto de la información se nutre de datos verdaderos, sin perjuicio de que en la forma de exposición pueda ahondarse en el tono peyorativo de los hechos. De ahí que el Tribunal Supremo acabara desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El conflicto planteado en esta sentencia ha sido objeto de un amplio tratamiento en la STS de 15 de julio de 2020. Sobre las diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de información, *vid.* las SSTC 104/1986, de 17 de julio, 110/2000, de 5 de mayo, 139/2007, de 4 de junio, 9/2007, de 15 de enero, 77/2009, de 23 de marzo, 29/2009, de 26 de enero, 50/2010, de 4 de octubre, 41/2011, de 11 de abril, y 216/2013, así como las SSTS de 26 de febrero de 2014 y de 24 de marzo de 2014. (*S. L. M.*)

**8. Ejercicio del derecho de rectificación.**—El derecho de rectificación está íntimamente relacionado con dos derechos fundamentales, como son el derecho al honor y la libertad de información. Su objeto son los hechos, no las opiniones, que, afectando a una persona, esta considere inexactos y cuya divulgación pueda ocasionarle un perjuicio. El control judicial a que puede someterse el derecho de rectificación permitiría que el juez acordara la publicación parcial del escrito de rectificación, excluyendo las opiniones o juicios de valor. Dicha labor deberá llevarla a cabo mediante un juicio de ponderación, con el fin de determinar la procedencia o no de reducir ese escrito, sobre todo en aquellos casos en los que opiniones e información se mezclen. Por otro lado, al rectificador no cabe exigirle precisión extrema en los hechos. Así,

la rectificación puede comprender: 1) los hechos objeto de información; 2) otros hechos que, por su estrecha relación con los que fueran objeto de la información, contribuyan a reforzar la negación del rectificador.

El ejercicio del derecho de rectificación no exige que se demuestre la inveracidad de la información publicada. Tampoco la publicación del escrito implica: a) que el medio informativo deba declarar que la información que publicó era incierta; b) que deba modificar su contenido; c) que deba aportar y divulgar todos aquellos datos que confirmen o avalen la información inicialmente publicada. Además, la imposición de la inserción de la rectificación no conlleva la exacción de su contenido, pues no se otorga carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien ejercita este derecho. (**STS de 12 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 31 de julio de 2018 el diario EMD publicó en su edición digital un artículo sobre un caso de espionaje en el seno de un equipo de fútbol. El 1 de agosto del mismo año, EMD publicó en su edición impresa un artículo sustancialmente idéntico al anterior, con las novedades más recientes sobre ese caso. La noticia se acompañaba de dos sumarios. El 2 de agosto, P remitió un burofax a EMD, recibido al día siguiente, solicitando que se rectificara lo que consideraba una información inexacta y perjudicial. EMD contestó mediante burofax, emitido el 6 de agosto de 2018, en el que manifestaba la improcedencia de publicar la rectificación interesada, en tanto que el diario se había limitado a reproducir la información contenida en la documentación judicial del caso. En septiembre de 2018, P interpuso demanda contra EMD en ejercicio del derecho de rectificación, solicitando que se condenara a la editora a publicar el referido texto de rectificación tanto en su edición impresa, como en la edición digital del diario, y en la forma y plazo previstos en la LO 2/1984. Los demandados se opusieron a la demanda, insistiendo en la improcedencia de la rectificación. El Juez de Primera Instancia consideró improcedente la rectificación y desestimó la demanda, pues ésta se refería a hechos no inexactos cuya divulgación se había hecho al amparo de las libertades de expresión e información, y porque el demandante sólo pretendía que se incluyeran determinadas manifestaciones e interpretaciones de tales hechos.

En apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte la demanda y condenó a los demandados a publicar, tanto en la edición impresa como en la digital, los pasajes del texto de la rectificación que se determinaban en el fallo. Según la Audiencia, procede la rectificación por ser la información inexacta y perjudicial para P. Ahora bien, la rectificación debe limitarse a los hechos considerados inexactos, no a juicios de valor u opiniones de P.

La demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 18.1 y 20.1.d) y 4 de la CE, en relación con los artículos 2.1 y 7.7 de la LO 1/1982 y 1 y 2 de la LO 2/1984. Señaló que: 1) el juicio de ponderación de la Audiencia no fue conforme a Derecho porque, al mezclarse en los artículos enjuiciados elementos informativos y valorativos, debió analizar por separado unos y otros; 2) en dichos artículos prevalecían las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor del demandante, como prueba que se hicieran eco de previas informaciones publica-

das en otros medios que P no entendió ofensivas ni pidió que se rectifican; 3) la rectificación pretendida no cumplía los requisitos legales y jurisprudencia exigibles. Por su parte, P alegó que la publicación de la rectificación no perjudicaba ni limitaba el derecho del medio a la libertad de expresión e información, sino que solo permitía al aludido dar su versión sobre los hechos difundidos, que él consideraba inexactos y perjudiciales.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Considera que el juicio de ponderación realizado por la Audiencia Provincial es ajustado a derecho. El escrito de rectificación se refería a unos hechos concretos contenidos en la información aparecida en los artículos que el recurrido consideraba inexactos y perjudiciales, a fin de que los lectores pudieran formarse su propia opinión con la versión alternativa de los mismos. Como esa pretensión no excedía del derecho de rectificación según su configuración legal y jurisprudencial, y la publicación del escrito de rectificación no implicaba prejuzgar la veracidad de la información publicada por EMD, entiende el Alto Tribunal que tendría que haber sido atendida, aunque se pudieran excluir hechos no perjudiciales.

NOTA.—Sobre el derecho de rectificación, *vid.* las SSTs de 24 de junio de 2020, 7 de noviembre de 2019, 4 de octubre de 2019, 14 de febrero de 2018, 20 de octubre de 2017, 13 de septiembre de 2017 y 17 de junio de 2017. *Vid.*, además, las SSTC 168/1986, de 22 de diciembre y 99/2011, de 20 de junio. (S. L. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**9. Consumidores y usuarios. Derecho de desistimiento en contrato de prestación de servicio, celebrado a distancia, ya iniciada.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo aclara que el régimen de desistimiento aplicable a un contrato de obra para la instalación de un sistema de calefacción por aire acondicionado con bomba de calor, suscrito a distancia por un consumidor, es el especial de los contratos celebrados a distancia. De esta suerte, habiendo consentido el consumidor el inicio de la obra antes del transcurso del plazo para desistir, el empresario debe restituir el precio abonado por el consumidor deduciendo de este el importe de los trabajos realizados. Por otra parte, el consumidor no ostenta el derecho a recibir las sumas abonadas dobladas tal y como prevé el régimen supletorio de desistimiento para el caso de retraso del empresario en la devolución de estas sumas tras el desistimiento del consumidor, pues resulta de aplicación el derecho de desistimiento específico de los contratos celebrados a distancia, que no contiene un derecho semejante. (**STS de 14 de abril de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Un consumidor contrató a distancia la instalación de sistema de calefacción por aire acondicionado con bomba de calor el 4 de noviembre de 2015, para lo que adelantó 20.000 €. El 13 de noviembre de 2015 el consumidor ejerció su derecho de desistimiento, que no fue aceptado por la instaladora. El consumidor formuló demanda solicitando que se condenara a la instaladora

a restituirle el precio adelantado doblado por el retraso en la devolución de las cuantías, en aplicación de los artículos 68 y 76 TRLGDCU (régimen supletorio de derecho de desistimiento de consumo). La demandada se opuso alegando que resultaba de aplicación el artículo 1594 CC y no el TRLGDCU, de modo que el consumidor debía indemnizarle por todos sus gastos. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda comprendiendo aplicable el artículo 1594 CC y ordenando una restitución a favor del consumidor de solo 5415,59 €, una vez deducidos todos los daños de la empresa instaladora. Recurrida la sentencia de primera instancia por el demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación por entender que no resultaba aplicable el derecho de desistimiento de los artículos 68 y 76 TRLGDCU, ni poderse aplicar el artículo 1594 CC por no haber sido pedido por el demandante, confirmando la sentencia recurrida por no poder empeorar la situación procesal del recurrente (*reformatio in peius*).

El demandante interpuso recurso de casación aduciendo que la sentencia recurrida erró al no calificar el contrato como celebrado a distancia o fuera del establecimiento y, como consecuencia de dicho error, no reconoció su derecho de desistimiento. En estas circunstancias, el Alto Tribunal declaró aplicable el derecho de desistimiento especial de los contratos celebrados a distancia (arts. 93 y siguientes TRLGDCU). Además, aclaró que, dado que el contrato no estaba completamente ejecutado y que el consumidor no había renunciado al ejercicio del derecho de desistimiento, no operaba la exclusión del artículo 103 a) TRLGDCU. En consecuencia, habida cuenta que el consumidor había consentido que el empresario iniciara la prestación de los servicios antes de que transcurriera el plazo de desistimiento, este debía devolver el importe abonado al empresario, a cuya devolución tenía derecho, el importe proporcional de la parte del servicio ya prestado a la fecha de comunicación del desistimiento (art. 108.3 TRLGDCU), lo que el Tribunal cifró en 898 €. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró que no era atendible la pretensión del demandante relativa a la reclamación del doble de la cantidad abonada a cuenta, prevista en el artículo 76. II TRLGDCU, ya que esta disposición refiere exclusivamente a los contratos con consumidores que no tengan una regulación específica para el desistimiento, pero no a los contratos que tienen normas especiales al respecto, como son los contratos a distancia. (A. A. O.)

**10. Interpretación de cláusula penal por incumplimiento de la obligación de no concurrencia en un contrato de arrendamiento de servicios entre una empresa y una comunidad de propietarios.**—Una comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, si bien son objeto de consideración unitaria a determinados efectos legales, como consecuencia de la existencia de un patrimonio separado colectivo. El reconocimiento de un cierto grado de personalidad, que incluye también la capacidad procesal para demandar y ser demandada, ha sido reforzado normativamente durante los últimos años.

Esta doctrina jurisprudencial se vio confirmada al cobrar carta de naturaleza en 2014, al incluirse expresamente a las entidades sin personalidad jurídica en el

ámbito subjetivo de los consumidores y usuarios. De esta forma, quedaron incluidas en el ámbito de aplicación del TRLGDCU, ahora ya de forma expresa, todas aquellas entidades que carezcan de personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, incluidas las comunidades de propietarios, en la medida en que actúen en el tráfico dentro del ámbito de las funciones que legalmente le corresponden, como destinatario final de los bienes o servicios contratados.

Una cláusula penal que limita durante un año la posibilidad de que una comunidad de propietarios retenga, por medio de su contratación directa o indirecta, por cuenta propia o ajena, a alguno de los trabajadores previamente seleccionados y formados por una empresa prestadora de servicios auxiliares de conserjería cuyo contrato de arrendamiento de servicios con la comunidad ha sido previamente extinguido unilateralmente por la propia comunidad (obligación de no hacer) no resulta abusiva a la luz de la normativa de consumidores y usuarios, pues no afecta ni limita la facultad de poner término al contrato por parte de la comunidad de propietarios. (**STS de 13 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díez Fraile.]

HECHOS.—La mercantil ASG interpone demanda de juicio ordinario contra la comunidad de propietarios Ermita, solicitando indemnización por incumplimiento de contrato de arrendamiento de servicios (servicios auxiliares de conserjería). La comunidad de propietarios contesta a la demanda solicitando su desestimación, y planteando como cuestión previa la excepción de nulidad por abusividad de la cláusula penal prevista en el contrato de prestación de servicios. Esta cláusula penal prohíbe a la comunidad «contratar como trabajador por cuenta propia o de terceros [...] al personal que, en virtud de este contrato, preste o haya prestado los servicios objeto del mismo, hasta que transcurra un año desde su extinción [...]».

La demanda es desestimada, por considerar dicha cláusula penal nula, nulidad derivada de su consideración como abusiva y como obligación de cumplimiento imposible.

La sentencia es recurrida en apelación por ASG. El recurso es estimado en parte, al entender que dicha cláusula penal es razonable, equilibrada y no de cumplimiento imposible. La comunidad de propietarios es condenada a pagar a ASG 92.358 €.

La comunidad de propietarios Ermita interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo concluye que la comunidad de propietarios actuó bajo el estatuto propio de consumidor en la contratación del arrendamiento de servicios controvertido, pero que, sin embargo, la referida cláusula no es abusiva. El recurso de casación es desestimado.

NOTA.—El Presidente de la sección de la Audiencia Provincial que resolvió el recurso formuló voto particular. (*T. R. C.*)

**11. Transacción sobre cláusula suelo.**—El documento privado enjuiciado contiene dos cláusulas relevantes, que constituyen los dos elementos esenciales de un negocio transaccional: el banco accede a eliminar el suelo y sustituirlo por un primer periodo a interés fijo y el resto a interés variable sin suelo, y los clientes, que en ese momento podían ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo, renuncian a su ejercicio.

**Cláusula por la que se nova la cláusula de interés remuneratorio con suelo. Control de transparencia.**—Una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo, por falta de transparencia, puede ser declarado judicialmente, puede ser objeto de un acuerdo de novación entre ese profesional y ese consumidor. Para que sea válida la novación de la cláusula de interés remuneratorio que contiene una cláusula suelo, es necesario que el consumidor preste un consentimiento libre e informado, pues dicho consumidor debe estar en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación. En el caso objeto del recurso, la modificación de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la completa eliminación de la cláusula suelo en la regulación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario. No se introdujo una nueva cláusula suelo sobre la que deban proyectarse las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia aplicables a tales cláusulas. Las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación de un interés remuneratorio a tipo fijo son fácilmente comprensibles por cualquier consumidor. Y el sistema de interés variable que regiría pasado el quinquenio durante el que el interés se devengaría a un tipo fijo, era el previsto en el contrato originalmente (si bien se eliminaba el suelo sobre el que no se había informado adecuadamente al prestatario), que es justamente el interés que el demandante está interesado en que se aplique. Además de lo anterior, consta la entrega al consumidor de una oferta con antelación a la suscripción del documento, en la que se incluía un abanico de varias opciones diversas entre las que el consumidor podía elegir, si es que alguna de ellas se adecuaba a sus intereses, y el contrato se formalizó previo ejercicio de la citada opción. Por otra parte, es relevante el contexto en el que se lleva a cabo la novación, después de que la STS 241/2013, de 9 de mayo, provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia. Asimismo, en el propio acuerdo se hace mención de que la oferta de novación efectuada por la entidad financiera era debida «a la problemática surgida con las cláusulas suelo, incluida la actual tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las mismas». Estas circunstancias son suficientes para que la estipulación en la que se suprime el interés mínimo, se establece un interés fijo durante cinco años y la vuelta al sistema de interés variable fijado en el préstamo originariamente, pero sin la cláusula suelo cuestionada, pueda superar el control de transparencia.

**Cláusula de renuncia de acciones. Control de transparencia. Carácter abusivo.**—El hecho de que la cláusula de renuncia de acciones por el consumidor se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida, no excluye que haya que examinar la transparencia y, en su caso, abusividad de la cláusula. Un consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que esta renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado, lo que solo sucederá si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que la renuncia conllevaba. En lo relativo a la información necesaria para que el consumidor sea consciente de las consecuencias de la renuncia a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo, el empresario ha

de poner a disposición del consumidor los datos necesarios para que este pueda calcular fácilmente las cantidades a las que renuncia, es decir, la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo. En el caso objeto de este recurso, la entidad recurrente no puso esos datos a disposición del consumidor. Además de lo anterior, en el documento que hizo llegar al prestatario con antelación a la firma del acuerdo, no se le informó de que una de las contrapartidas a la modificación de la regulación del tipo de interés consistía en la renuncia del prestatario a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo. La consecuencia de lo expuesto es que la cláusula en la que se contiene esa renuncia de acciones no supera el control de transparencia, porque el predisponente no había facilitado al consumidor la información sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, y tal información era necesaria para considerar que la renuncia fue fruto de un consentimiento libre e informado. La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho. (STS de 19 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Dos consumidores suscribieron una escritura de préstamo hipotecario con una Caja. En la cláusula relativa al tipo de interés del préstamo se incluía una cláusula suelo del 1,75%. Posteriormente, las partes suscribieron un documento privado que contiene dos estipulaciones relevantes. En la primera se elimina la cláusula suelo. Asimismo, se modifica la regulación del interés remuneratorio, de modo que se establece un periodo de cinco años a tipo fijo del 1,50%, y el resto de la duración del préstamo un interés a tipo variable resultante de añadir al índice de referencia (Euribor a un año) el diferencial (0,80%), pero sin cláusula suelo. En la estipulación segunda, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula suelo. Uno de los prestatarios interpuso una demanda contra la Caja, en la que solicitó la declaración de nulidad de: (i) la cláusula suelo establecida en el contrato de préstamo hipotecario; (ii) el acuerdo privado posterior de modificación del tipo de interés; (iii) la cláusula que establecía el interés de demora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en lo relativo a la anulación de la cláusula que establecía el interés de demora.

El prestatario interpuso un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó plenamente el recurso, declaró la nulidad de la cláusula suelo, de todas las estipulaciones del documento de modificación del tipo de interés ordinario mínimo y condenó a la Caja al pago de todas las cantidades que hubiera cobrado por la aplicación de la cláusula suelo.

La Caja interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (J. M.<sup>a</sup> M. F.)

**12. Cláusulas abusivas. Concepto.**—El Tribunal Supremo cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 9 de julio de 2020), que sostiene que, conforme al artículo 3.1 de la Directiva, «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes». A ello debe añadirse que la lista indicativa que contiene el mismo artículo 3 en su apartado 3 se contemplan, como cláusulas que pueden ser calificadas de este modo, aquellas que tengan por objeto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor»

**Cláusulas abusivas. Negociación individual.**—El Tribunal Supremo recuerda que: 1) De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, debe considerarse que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido»; 2) Según lo dispuesto por el artículo 10.bis.1 LGDCU, «el profesional que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba».

**Cláusulas abusivas. Régimen de control del carácter abusivo.**—A la hora de determinar el régimen de control del carácter abusivo de la cláusula hay que distinguir según si esta ha sido añadida como una cláusula adicional o si constituye una contraprestación de un acuerdo transaccional. En el primer caso, la cláusula no constituye un elemento esencial del contrato y podrá ser objeto de un control de contenido de abusividad directo. En el segundo de los casos, la cláusula se ve afectada por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y únicamente podrá ser objeto de un control de abusividad si no cumple con las exigencias de transparencia material. En esta línea, el Tribunal Supremo sostiene que una declaración unilateral en la que se renuncia al ejercicio de acciones (aunque no sea una renuncia genérica), redactada por el abogado y firmada por el cliente, que se hace en el marco de una relación de prestación de servicios, «tiene una consideración equivalente a si esta declaración apareciera contenida en un contrato escrito junto a otras cláusulas contractuales». (STS de 6 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Regina, que había sufrido lesiones en un ojo como consecuencia de una intervención médica llevada a cabo en el marco de la sanidad pública, encomendó al letrado Edemiro las reclamaciones pertinentes. En noviembre de 2007, Regina había firmado un documento en el que renunciaba a ejercitar acciones contra el letrado en caso de que los procedimientos que se le habían encargado se presentaran fuera de plazo o si fueran desestimados por cualquier causa. El 12 de junio de 2008, Edemiro presentó un recurso contencioso administrativo, que fue desestimado por prescripción de la acción. Regina interpuso entonces demanda contra Edemiro y la entidad de seguros Mapfre Seguros de Empresa S. A. reclamando la cantidad de 113.646 euros, en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Finalmente, Regina recurre en casación por infracción de los artículos 10.1. C y 10 bis de la Ley 26/1984

de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente en el momento en el que ocurrieron los hechos), al no haber considerado como abusiva la cláusula contenida en el documento firmado en noviembre de 2007. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*M. S. G.*)

**13. Restitución de cantidad entregada en concepto de arras.**—No cabe recuperar una cantidad entregada en concepto de arras en el marco de una compraventa, cuando el vendedor, después de rehabilitar y reformar la vivienda vendida, resuelve el contrato ante el incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pago de las cantidades aplazadas; y, además, la facultad de retener las arras se pactó precisamente para este supuesto.

**Moderación judicial de la cantidad entregada como arras penales.**—No resulta posible moderar la cantidad entregada en concepto de arras, si el incumplimiento de la vendedora no es parcial (art. 1154 CC); tampoco cabe moderar esa misma cantidad entregada, por ser extraordinariamente más elevada que el daño irrogado a la vendedora (sobre todo, STS núm. 530/2016, de 13 de septiembre), cuando la vendedora asumía además el compromiso de reformar la vivienda adquirida y la compradora incumplió los plazos estipulados para el pago del resto del precio. (**STS de 12 de abril de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—El 2 de octubre de 2013 Benita (compradora) e Inmuebles Farners, SL (vendedora) suscribieron un contrato de compraventa de una vivienda por el cual la vendedora se comprometía, primero, a reformar y rehabilitar la vivienda. En este sentido, la compradora entregó a la vendedora 9.000 euros como compromiso de compra, posponiéndose el pago del resto (99.000 euros) a la finalización de las obras, cuyo plazo máximo se fijaba para el 30 de noviembre de 2013. Conforme avanzaron las obras, las partes suscribieron dos contratos más en los que, además de confirmar las anteriores condiciones, se establecían las respectivas fechas para el pago aplazado del resto del precio y se retrasaba la fecha máxima de finalización de las obras.

Al acercarse la fecha prevista para el primer pago aplazado, Benita comunicó verbalmente a Inmuebles Farners que no iba a pagar. El 14 de diciembre de 2013, Inmuebles Farners remitió a Benita un escrito de resolución del contrato en el que, adicionalmente, le ofrecía la posibilidad de negociar uno nuevo en el plazo de 7 días. Pasado el plazo conferido, el 7 de enero de 2014, Benita contestó mediante un escrito en el que afirmaba que la resolución era únicamente imputable a Inmuebles Farners y solicitó la devolución de los 9.000 euros entregados.

En enero de 2014, Inmuebles Farners vendió la casa a un tercero por 90.000 euros.

El 15 de noviembre de 2016, Benita demandó a Inmuebles Farners solicitando que se declare la resolución del contrato de compraventa de fecha 29 de noviembre de 2013 por incumplimiento de la demandada; y la condena a la vendedora a restituir los 9.000 euros anticipados. Inmuebles Farners contestó y se opuso alegando el incumplimiento de la compradora.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, apreció el incumplimiento de la compradora actora y declaró conforme a derecho la resolución extrajudicial de Inmobles Farnes.

Benita recurrió en apelación, argumentando que, en todo caso, la resolución del contrato le daba derecho a recuperar la suma anticipada. La audiencia provincial estimó en parte el recurso de la compradora, condenando a la vendedora a restituir la mitad del precio anticipado (4.500 euros). A juicio de la audiencia, se trataba de un incumplimiento parcial, por lo que procedía la moderación del importe entregado como arras penales.

Frente a esta sentencia, Inmobles Farnes interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

#### **14. Concurso de acreedores. Demandante declarado en concurso después de la presentación de la demanda, con suspensión de facultades.**

**Legitimación para recurrir.**—De acuerdo con el artículo 51.2 LC 2003, cuando se produce una suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, este se ve sustituido por la administración concursal en los procedimientos judiciales en trámite. A estos efectos, dicha administración deberá personarse en la causa y solicitar la correspondiente sustitución procesal. La sustitución no impide al deudor mantener una representación y defensa separadas, siempre que garantice que los gastos de su actuación procesal, así como la efectividad de la eventual condena en costas, no recaerán sobre la masa del concurso; pero en ningún caso puede realizar las actuaciones procesales que —según el propio precepto— corresponden a la administración concursal con autorización del juez. Asimismo, el artículo 54.1 dispone que, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición, el ejercicio de las acciones no personales le corresponde a la administración concursal. En las demás acciones comparecerá el deudor, quien no obstante deberá recabar la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

Cuando en el momento de interponerse el recurso de apelación no se ha producido la sustitución procesal de la concursada, por no haberlo interesado los administradores, aquella continúa legitimada para actuar en el proceso, a pesar del régimen de suspensión. Ahora bien, esta legitimación no impide que deba obtener la conformidad de la administración concursal para recurrir en apelación. Y ello porque el deudor concursado se encuentra, *de facto*, en el supuesto contemplado en el artículo 51.3 LC 2003: «en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio...». Con esta respuesta, se reitera la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018 (núm. 295) y de 15 de octubre de 2018 (núm. 570). (STS de 30 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Una empresa es declarada en concurso, y otra sociedad impugna la lista de acreedores elaborada por la administración concursal, solicitando la inclusión de una serie de créditos a su favor. Con posterioridad a la presentación de la demanda, la sociedad

impugnante es declarada ella misma en concurso, acordándose la suspensión de sus facultades patrimoniales.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda de impugnación. La sociedad demandante interpuso un recurso de apelación, y su administración concursal comunicó expresamente que autorizaba la presentación del recurso. No obstante, este fue desestimado por la Audiencia Provincial al apreciar una causa de inadmisión, a saber, la carencia de legitimación dada la suspensión de facultades. Se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, impugnándose en ambos la conclusión de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, acordando la devolución de las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que dicte una nueva sentencia en la que se pronuncie sobre el recurso de apelación

NOTA.—En el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, las cuestiones relevantes en la sentencia se encuentran reguladas en los artículos 119.1, 120 y 121; con un contenido equivalente al de la antigua legislación. (R. P. C.)

**15. Obligaciones. Cesión de créditos: naturaleza.**—La cesión de créditos y demás derechos incorporales son contratos traslativos que se perfeccionan por el mero consentimiento de cedente y cesionario (arts. 1526 y siguientes CC y 347 y 348 Ccom), sin necesidad de acto alguno de entrega o traspaso posesorio del derecho cedido para dejar de ser titular del mismo, sin perjuicio de los requisitos necesarios para que produzca efectos frente a terceros, conforme al artículo 1526 CC. Tampoco es necesario el consentimiento del deudor cedido, ni siquiera es preciso su conocimiento, para que se produzca el efecto traslativo de la titularidad del crédito, sin perjuicio de que el pago hecho por aquel al cedente antes de tener conocimiento de la cesión le libere de la obligación (art. 1527 CC).

**Obligaciones. Compensación de créditos: concepto y alcance.**—La compensación es una forma de extinción de obligaciones (art. 1156 CC) que opera *ope legis* cuando se dan los presupuestos de los artículos 1195 y 1196 CC, y con los efectos que establece el artículo 1202 CC.

**Finalidad.**—La compensación evita la duplicidad de pagos, mediante la extinción, en la cantidad concurrente, de las deudas a cargo de personas que sean recíprocamente, y por derecho propio, acreedoras y deudoras. El efecto extintivo se produce desde el momento en que concurren los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar (art. 1202 CC), siempre que alguno de los interesados la haga valer. En tal sentido, compensar deudas supone sustituir dos actos de cumplimiento, con efectivas transferencias de fondos, por una mera operación contable. Es una forma de satisfacción, o subrogado del pago, que libera a los deudores recíprocos sin necesidad de ejecución de las respectivas prestaciones (*crediti et debiti inter se contributio*).

**Tratamiento concursal.**—Aunque se trate de una forma de pago o satisfacción de un crédito su tratamiento concursal no es equivalente al del pago. Así, en principio, no cabe el pago de un crédito concursal después de la declaración de concurso, si no es mediante la solución concursal por la que se opte (convenio o la liquidación y pago, sujeto al orden de prelación apro-

bado con la clasificación de créditos), y sin embargo cabe la compensación fuera de los supuestos prohibidos en el artículo 58 LC.

**Efecto reflejo.**—Este distinto tratamiento de la compensación en el concurso tiene un efecto reflejo respecto del tratamiento que merece la rescisión concursal de los pagos hechos por compensación antes de la declaración de concurso. En principio, si la compensación legal practicada justo antes de la declaración de concurso cumplía todos los requisitos legales que la hubieran hecho válida al amparo del artículo 58 LC de haberse practicado después de la declaración de concurso, en ese caso no podría ser objeto de rescisión concursal, a no ser que concurriera alguna circunstancia extraordinaria que pusiera en evidencia la injustificación del sacrificio patrimonial que conllevaba para la masa del concurso. Y en este caso, como veremos, esta circunstancia radica no solo en el momento en que se realiza la compensación (después de la comunicación del art. 5 bis LC) y en el efecto perseguido de que se extingan créditos que en el concurso hubieran merecido la consideración de créditos subordinados, sino también y sobre todo en el hecho de que quienes practicaron la compensación no eran las originarias titulares de los créditos compensados, sino otras sociedades de mismo grupo que les cedieron los créditos para asegurarse el pago por compensación.

**Efectos de forma automática.**—La jurisprudencia ha reiterado que, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De forma que el efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, sin perjuicio de que en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas (en la cantidad concurrente).

**Posición doctrinal.**—Una amplia parte de la doctrina autorizada ha defendido que se trata de una facultad jurídica y no de un efecto extintivo desencadenado de forma automática por el ministerio de la ley. La compensación, para ser eficaz, exige o presupone una voluntad de actuarla por una de las partes, como lo demuestra que cabe su renuncia, no es apreciable de oficio por los tribunales y el pago de la deuda susceptible de compensación no es pago indebido. En este sentido se ha recordado que el Código civil habla reiteradamente de oponer la compensación (arts. 1197, 1198 y 1200), y que el artículo 1202 no incorpora la expresión «por ministerio de la ley» que figuraba en el artículo 1123 del Proyecto de 1851, procedente del Código francés. Es cierto que, a partir del momento en que concurren todos los requisitos de la compensación (arts. 1195 y 1196 CC), su alegación, por vía de acción o de excepción, por el acreedor que es a su vez deudor de su deudor, que lo es por derecho propio y a título principal, genera el resultado extintivo previsto en la ley (art. 1156 CC) con efectos retroactivos a la fecha en que aquellos requisitos concurren.

**Compensación legal.**—Pero para que esa «compensación legal» opere en el ámbito extrajudicial es preciso que el deudor/acreedor recíproco, frente a quien se alega, acepte los presupuestos en que se basa la compensación (créditos recíprocos, líquidos vencidos y exigibles, por derecho propio, a título principal, prestaciones debidas de la misma especie y calidad—homogeneidad de las obligaciones—, ausencia de retención o contienda sobre ninguna de las obligaciones promovida por terceros). La aceptación de estos presupuestos expresa o tácita, a través, en su caso, del aquietamiento a la alegación o declaración de la compensación por parte de quien quiere hacerla valer, son

actos u omisiones, respectivamente, imputables al acreedor/deudor frente a quien se hace valer aquella, que expresan una voluntad de aceptación o no oposición que, a los efectos concursales, son subsumibles en el concepto amplio de «actos del deudor» a que se refiere el artículo 71.1 LC, de acuerdo con la finalidad a que responde el precepto. Por tanto, no puede afirmarse que la compensación sea ajena al deudor concursado.

**Pago indebido.**—En principio, un pago debido (también el pago por compensación) realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que la deuda a la que se aplique esté vencida y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*.

**Presunción de perjuicio patrimonial.**—Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el artículo 93 de la Ley Concursal, el artículo 71.3.1.º presume el perjuicio patrimonial, pero permite prueba en contrario. Esta prueba en contrario consistiría en la justificación de por qué el pago por compensación en este caso entrañaba un sacrificio patrimonial justificado, en atención a las especiales circunstancias en que fue realizado.

**Concursal.** La prohibición de compensación de deudas en el concurso: alcance.— En principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par conditio creditorum*, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación. Por esta razón, el artículo 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.

**Efectos.**—La jurisprudencia ha sostenido que, aunque los efectos de la compensación se producen de forma automática o *ipso iure*, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia *ex tunc*, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después.

**Excepciones.**—La prohibición de compensación no se aplica (i) a los créditos contra la masa, que no se integran en la masa pasiva del concurso, no se sujetan a las reglas de la *par conditio creditorum*, y pueden ser pagados al margen de la solución concursal, ya sea el convenio o la liquidación; (ii) tampoco se aplica, después de la aprobación del convenio, mientras no haya declaración de cumplimiento ni incumplimiento, respecto de las cantidades novadas (por la quita) y vencidas (iii) ni a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual de la que han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración del concurso de una de las partes.

**Concursal. Rescisión concursal de los actos dispositivos realizados por el concursado antes de la declaración de concurso: fundamento y requisitos.**—El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados en los dos años anteriores a la declaración del concurso originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude. Dos son, por tanto, los requisitos para que prospere la rescisión: que el acto sea perjudicial para la masa activa y que haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiera habido intención fraudulenta.

**Acreditación del perjuicio.**—En principio, el perjuicio debe ser acreditado por quien insta la rescisión del acto impugnado (art. 71.4 LC), salvo que sea uno de los contemplados en el apartado 2 del artículo 71 LC, en los que se presume el perjuicio *iuris et de iure*, o de aquellos otros supuestos que regula el artículo 71.3 LC, que admiten prueba en contrario, pero, en este último caso, a cargo de los demandados, prueba que debe ir dirigida a que el acto impugnado no perjudica a la masa activa.

**Pagos.**—En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello pueden considerarse todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. Por ello, la jurisprudencia considera que, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*. Resultan determinantes, pues, el momento y las circunstancias en que se realiza el pago, como acto dispositivo objeto de una posible acción de reintegración.

**Aplicación analógica.**—La jurisprudencia considera que el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos,

pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda). Esta doctrina es aplicable por analogía al ámbito de la rescisión concursal y si bien como regla general cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, sin embargo, dicha regla se exceptúa en el caso de que al tiempo de satisfacer el crédito [el deudor] estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.

**Rescisión de las operaciones de compensación.**—La jurisprudencia manifiesta que la rescisión de las operaciones de compensación (en las que se yuxtaponen tantos actos de pago como deudas concurrentes se extinguen) no alcanza por sí misma a los negocios jurídicos de cesiones de créditos, del mismo modo en que los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio, no afecta a la validez y eficacia del contrato o negocio del que nace aquella. (STS de 25 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—La representación procesal de J interpuso demanda de incidente concursal contra la administración concursada B. S. L., y contra L. LTD y A. INC en la que solicitaba se dictara sentencia declarando la rescisión de los actos de compensación de créditos y modificando el inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores, en el sentido de incluir como derechos de cobro de la concursada frente a las codemandadas, cantidades que correlativamente se consignarán como créditos subordinados en la lista de acreedores,. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo dictó sentencia en la que estimó la demanda y declaró, nulas las compensaciones de crédito operadas entre la concursada y el resto de codemandadas y, en su consecuencia, acordó incluir en el inventario de la masa activa un crédito a favor de la concursada, e iguales cantidades en la lista de acreedores como créditos a favor de estas últimas y frente a la concursada con la calificación de subordinados, igualmente impuso las costas a la parte demandada. Recurrida en apelación por la representación procesal de las entidades demandadas, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso y acordó no haber lugar a realizar ninguno de los pronunciamientos solicitados en la demanda presentada por don J., imponiéndole las costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**16. Concurso de acreedores. Propuesta de convenio. Plazo máximo de la espera.**—El artículo 100 LC de 2003 regula el contenido de la propuesta de convenio, recogiendo su apartado primero que dicha propuesta deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Sin embargo, en su redacción aplicable al litigio, el artículo 100 no dice nada sobre la duración máxima del plazo de espera, a diferencia de lo que sucedía en el texto original —las esperas respecto de los créditos ordinarios no podían superar los cinco años—. Ahora bien, el artículo 124 LC en su redacción aplicable, regula las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio, estableciendo una mayoría del cincuenta por ciento si concurren deter-

minados supuestos (en el caso de las esperas, que estas no sean mayores de cinco años), y una mayoría del sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario «cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez...».

El Tribunal Supremo reconoce que, tras la reforma del artículo 100 LC, podría pensarse que las proposiciones de espera no tenían ya límite de duración, lo cual iría además en consonancia con la finalidad de la reforma, que buscaba una mayor autonomía de la voluntad para los acreedores. Sin embargo, el artículo 100 no debe interpretarse desconectado del artículo 124, que introduce en la práctica un límite de duración a las proposiciones de espera, de manera que estas no pueden ser superiores a diez años. Se impone así una interpretación sistemática de la ley, que no contradice la finalidad liberalizadora perseguida con la reforma legal mencionada, sino que simplemente matiza el alcance de esa liberalización. (**STS de 30 de marzo de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Una sociedad es declarada en concurso de acreedores, presentando una propuesta de convenio que contiene una quita del 50 por ciento del importe de los créditos ordinarios y una espera de quince años, con un calendario de pagos. En la junta de acreedores, esta propuesta de convenio fue aceptada por los acreedores que representaban el 51,29 por ciento del pasivo ordinario. La Abogacía del Estado, en representación de tres acreedores de Derecho Público, formula demanda de oposición basándose en que la propuesta de convenio contenía una espera de quince años, superando el límite legal de diez; y en que resultaría de aplicación la mayoría reforzada del 65 por ciento del pasivo ordinario.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda de oposición a la aprobación del convenio, considerando que, en efecto, al establecer un plazo de quince años se superaba el máximo legal. La sentencia fue recurrida en apelación, pero la Audiencia desestimó el recurso. La sociedad interpuso un recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo con imposición de costas a la parte recurrente.

**NOTA.**—El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, establece en el apartado primero de su artículo 317: «La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita, de espera o de quita y espera. La espera no podrá ser superior a diez años». El propio Tribunal Supremo menciona este precepto, afirmando que «con ello, el texto refundido ratifica la existencia de este límite legal de 10 años a las proposiciones de espera y pone en evidencia que ya existía, en la ley concursal refundida, sin perjuicio de que estuviera ubicado en un lugar inapropiado». (*R. P. C.*)

**17. Arrendamiento de vivienda. Novación modificativa. Prórroga forzosa.**—La cuestión litigiosa versa sobre si el contrato celebrado entre las partes en 2001 tiene el carácter de novación extintiva o meramente modificativa del contrato de arrendamiento inicial de 1975 y, en consecuencia, si es o no aplicable el régimen legal de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 LAU de 1964. Pues bien, el contrato de 2001 afecta a dos elementos principales del

contrato de arrendamiento: la cosa (bien arrendado) y el precio (renta), que constituyen la esencia del sinalagma contractual. Con todo, el contrato de 2001 no tiene el carácter de novación propia o extintiva, porque el efecto extintivo no se declara «terminantemente» por las partes, ni de los términos del contrato puede deducirse una voluntad concorde en tal sentido, ni hay una absoluta incompatibilidad entre las obligaciones reflejadas en el contrato de 1975 y en su anexo de 2001. Además, la variación del objeto o de las condiciones principales del contrato constituye precisamente una de las modalidades (novación objetiva) que pueden revestir los acuerdos novatorios modificativos. Por consiguiente, la calificación jurídica más ajustada a la naturaleza de lo pactado en el documento de 2011, con arreglo a su interpretación literal, ajustada a la verdadera voluntad de las partes según resulta de las reglas hermenéuticas legales y jurisprudenciales reseñadas, es la propia de una novación meramente modificativa del contrato de arrendamiento suscrito en 1975. Así pues, la relación arrendaticia entre las partes sigue sujeta al régimen de la LAU 1964 y, por tanto, al sistema de prórroga forzosa de su artículo 57. **(STS de 31 de marzo de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 2 de junio de 1975, Efrain, como arrendatario, concertó con la entonces propietaria un contrato de arrendamiento sobre un inmueble de carácter urbano. El 8 de noviembre de 2001 las partes suscribieron un contrato, en documento privado, bajo la rúbrica «Anexo 1» al contrato de arrendamiento anterior, en el que pactaron el cambio de inmueble arrendado por una vivienda dentro del mismo edificio, y una sustancial elevación de la renta pactada. Posteriormente, UPL adquirió el edificio al que pertenece la citada vivienda, por lo que se subrogó en la posición de la arrendadora en el contrato de arrendamiento. UPL interpuso una demanda en la que solicitaba, en lo que ahora interesa, la declaración de que la vigencia del contrato de arrendamiento de 8 de noviembre de 2001 expiró el 1 de febrero de 2018 y que, en consecuencia, ha quedado resuelto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Contra la sentencia del Juzgado se interpuso por el demandante recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial.

El arrendatario demandado interpuso un recurso casación contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**18. Cooperativas de viviendas. Garantía de devolución de las cantidades anticipadas: consideración.**—La Ley 57/1968 impone al promotor de toda clase de viviendas en construcción, también a las cooperativas de viviendas, incluidas las de protección oficial, la obligación «esencial» de garantizar la devolución de las cantidades que entreguen los compradores a cuenta del precio mediante aval o seguro. En particular, la jurisprudencia ha declarado que es aplicable en beneficio de los cooperativistas de viviendas la garantía de devolución de las cantidades anticipadas establecida en el artículo 1-1.<sup>a</sup> de dicha ley, como un derecho irrenunciable (art. 7), incluso para la fase inicial o embrionaria de adquisición del solar.

**Subsistencia.**—De acuerdo con la jurisprudencia sobre la Ley 57/1968, dicha garantía (sea seguro o aval, y en este último caso aunque no se haya

llegado a extender un aval individualizado, subsiste mientras la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido, de manera que la falta de entrega de la vivienda en plazo, conforme al artículo 3 de dicha ley, permite al cesionario optar por la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta y exigir dicha devolución directamente a la entidad garante.

**Responsabilidad del avalista.**—El avalista responde frente al cesionario de la vivienda, como lo haría el promotor, de la devolución de las cantidades anticipadas por aquel a cuenta del precio si el promotor no cumple su obligación de entrega efectiva.

**Extinción por mutuo disenso.**—La jurisprudencia declaró que la extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiese iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda, y, también exigió para la ejecución del aval el incumplimiento del vendedor, ciertamente que «por cualquier causa», pero asimismo siempre que constituya incumplimiento propio del vendedor y no renuncia anticipada del comprador aceptada por el vendedor. De ahí que concluya declarando que cuestión distinta sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante.

**No se puede quedar a expensas de la cooperativa.**—Lo que nunca ha admitido la jurisprudencia es que los cooperativistas, aun en caso de omisión de un plazo para el inicio de la construcción o para la entrega de las viviendas, queden a expensas de la cooperativa sin posibilidad ninguna de recuperar las cantidades anticipadas, pues entonces se vulneraría abiertamente el carácter irrenunciable que el artículo 7 de la Ley 57/1968 atribuye a los derechos de los adquirentes de viviendas en construcción. (STS de 29 de marzo de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—La representación procesal de B y V interpuso demanda contra la entidad C. R., S. C., solicitando se dictara sentencia por la que se abone por la demandada determinada cantidad, los cooperativistas-demandantes reclamaron las cantidades aportadas en su día para la adjudicación de una vivienda, dado que la cooperativa-promotora había incumplido su obligación de entregar la vivienda, al no haberse iniciado ni siquiera su construcción pese al tiempo transcurrido desde la incorporación de los demandantes a la cooperativa, lo que motivó que los demandantes se dieran de baja y reclamaran extrajudicialmente tanto a la promotora como al banco avalista. La demanda se dirige contra el banco avalista demandado, todo ello con expresa condena en costas. EL Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cuenca estimó la demanda y condenó a la referida demandada a reintegrar a los actores la cantidad reclamada más intereses con imposición de costas a la parte demandada. Recurrida en apelación por la representación procesal de parte demandada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca dictó sentencia desestimando el

recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo las costas a la apelante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**19. Acción de desahucio por falta de pago. Necesidad de requerimiento fehaciente de pago con concreción de la cifra debida y claridad suficiente.**—Las SSTs de 15 de junio de 2010, 23 de junio de 2014 y 22 de septiembre de 2015, entre otras, en relación con el artículo 22.4 LEC (norma que, según el TS, tiene componente procesal pero también sustantivo en cuanto a la cuestión que aquí se plantea) exige que el requerimiento fehaciente de pago constituya reclamación de una concreta cifra debida. Además, las SSTs 375/2010, de 15 de junio; 302/2014, de 28 de mayo, y 508/2015, de 22 de septiembre, han declarado que el requerimiento ha de serlo por impago de renta o cantidades asimiladas, y tiene que ser fehaciente y con la claridad suficiente. (**STS de 29 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Elena, en calidad de arrendadora, ejerció las acciones de falta de pago de la renta y reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil, arrendataria de una terraza perteneciente a la primera.

Quedó acreditado que la demandada debía el importe de actualización de la renta, según lo pactado, desde febrero de 2017, y que el requerimiento efectuado de pago no hacía referencia alguna a los conceptos ni a las cantidades concretas adeudadas.

El juzgado condenó al pago de la cantidad reclamada y declaró enervada la acción. La audiencia declaró resuelto el arrendamiento porque no procedía la enervación. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil demandada al declarar que esta podía enervar la acción de desahucio mediante la consignación que, de hecho, había efectuado. (I. D.—L.)

**20. Arrendamiento de vivienda. Resolución por incumplimiento. Impago del IBI.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada que el impago del IBI es un legítimo motivo de la acción resolutoria del contrato de arrendamiento de vivienda. Asimismo, el coste de los servicios y suministros ha de considerarse como cantidades asimiladas a la renta, y su impago es causa de resolución.

**Requisitos del requerimiento de pago a los efectos de evitar la enervación de la acción resolutoria.**—Los requisitos del requerimiento de pago a los efectos de impedir la enervación de la acción resolutoria en el procedimiento de desahucio son los siguientes: 1. La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada. 2. Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente. 3. Ha de referirse a rentas impagadas. 4. Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales. 5. Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada. Sin embargo, no se exige que se comunique al arrendatario: 1. Que el contrato va a ser resuelto. 2. Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el

plazo preceptivo. El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en asesor del arrendatario, sino tan solo a que le requiera de pago. Pues bien, en este caso el requerimiento de pago, a los efectos impositivos de la enervación de la acción, no puede ser el llevado a efecto por medio del burofax de 8 de julio de 2016, notificado a la arrendataria el día 11 de julio, pues desde que esta pagó, el 21 de julio siguiente, no han transcurrido los 30 días a los que se refiere el artículo 22.4.II de la LEC, en su actual redacción. En consecuencia, procede declarar enervada la acción resolutoria ejercitada, por pago de las cantidades adeudadas, antes del transcurso del plazo de los 30 días, una vez presentada la demanda. **(STS de 12 de abril de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El arrendador demandó al arrendatario solicitando la resolución del contrato por el impago del IBI. El juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

Contra dicha resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial.

Contra la sentencia de la Audiencia interpuso el arrendatario demandado un recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**21. Responsabilidad del director de ejecución de la obra por defectos constructivos: intervención sucesiva de varios arquitectos técnicos, y efectos de la suscripción del certificado final de obra (art. 17.7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación).**—De acuerdo con los artículos 13.2 e) y 17.7 LOE, el director de ejecución de la obra responde de la veracidad y exactitud del certificado final de obra, pues constituye una declaración de que se ha ejecutado conforme a proyecto. El presupuesto de la suscripción de este certificado es la función de control que desarrolla este agente, mediante la que puede constatar la correcta ejecución de la obra ordenando la corrección de deficiencias que, de no ser subsanadas por el constructor, le hacen responsable de la emisión del certificado por su falta de veracidad y exactitud. Del artículo 17.7 LOE, que responsabiliza al director de ejecución de la veracidad y exactitud del certificado final, no se infiere automáticamente su responsabilidad por los defectos constructivos que pudieran existir, si no se acredita su imputación a tal agente (STS 619/2012, de 29 de octubre). La LOE no regula el supuesto de contratación sucesiva de dos o más directores de ejecución de la obra. El director de ejecución que firma el certificado final de una construcción en la que ha intervenido con anterioridad otro director, ha de velar por la idoneidad de las obras acometidas (en protección de los adquirentes), pero para que surja su responsabilidad se deberán acreditar la realidad de los defectos, su imputación y cuantía. Por lo anterior, se excluye la responsabilidad del director de ejecución cuando interviene en una parte exigua de las obras, que no presenta defectos, y las deficiencias del resto de la obra, en la que no intervino, no pudieran ser detectables o de ejecución grosera, a la firma del certificado final. **(STS de 15 de abril de 2021; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Un arquitecto técnico asumió la dirección de la ejecución de una obra en un 5,03% después de que falleciera el anterior director, y suscribió el correspondiente certificado final. El Juzgado

de Primera Instancia estimó la demanda presentada por la comunidad de propietarios del edificio, y condenó al segundo técnico interviniente, solidariamente con el resto de los agentes de la edificación, a la reparación de los defectos que presentaba la obra en la parte que había dirigido el técnico fallecido. La Audiencia Provincial revocó esta condena con fundamento en que el nuevo director solo intervino en cuestiones de acabado de la obra, y en que la suscripción de su certificado final no puede ser base para imputarle responsabilidad, pues debe acreditarse que el defecto se causó por su actuación negligente. La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación alegando infracción del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación. El Tribunal Supremo no dio lugar a él.

NOTA.—El artículo 17.7 LOE responsabiliza tanto al director de la obra, como al director de ejecución de la obra, de la veracidad y exactitud del certificado final de obra. Sin embargo, entendemos que debe acudirse a las funciones de ambos agentes, no coincidentes (cfr. arts. 12 y 13 LOE), para determinar la responsabilidad de uno u otro. En la misma línea de esta sentencia, se ha sostenido que la mera suscripción de un certificado final de obra no es un criterio de imputación de la responsabilidad (vid. CORDERO LOBATO, E. en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Navarra, 2007, p. 393; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Valladolid, 2007, p. 219; y SANTANA NAVARRO, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 208-212). Sobre la sucesión de directores de obra, la STS 199/2001, de 5 de marzo, condenó al técnico por no comprobar la impermeabilización de una obra ejecutada parcialmente, años antes, bajo la dirección de otro técnico. (F. S. N.)

**22. Seguro. Recargo por demora.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera que, no siendo discutida la procedencia de la indemnización, la simple discrepancia respecto a su cuantía no constituye causa de exoneración del artículo 20.8 LCS. (STS de 27 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El perjudicado en un accidente contrató a un abogado para que interpusiera una demanda solicitando la indemnización de los daños y perjuicios padecidos. Sin embargo, el letrado presentó la reclamación fuera de plazo, por lo que el perjudicado interpuso una demanda contra dicho abogado y la compañía que aseguraba su responsabilidad civil, solicitando que se les condenara al pago de una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido por el accidente más el interés del artículo 20 LCS. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, pero recurrida aquella en apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso considerando que solo cabía indemnizar la pérdida de oportunidad y que la oposición de la aseguradora era razonable, dado lo desmesurado de la reclamación, por lo que la eximió del pago de los intereses del artículo 20 LCS.

El demandante recurrió dicho fallo en casación insistiendo en la procedencia de la condena al pago del recargo por demora. Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo reiteró que no concurre causa justificada, conforme al artículo 20.8 LCS, que ampare la pasividad de la aseguradora en la liquidación del siniestro, cuando: (i) no cuestiona su realidad; (ii) tampoco la responsabilidad del asegurado; (iii) ni la existencia de cobertura derivada del contrato de seguro. Dado que ninguna de estas circunstancias concurría en el caso enjuiciado, anuló parcialmente la sentencia recurrida y condenó a la compañía aseguradora al pago del recargo por la demora del artículo 20 LCS. (A. A. O.)

**23. Seguro. Responsabilidad por deficiente asistencia sanitaria. Recargo por demora.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo insiste en que las compañías de seguros de asistencia sanitaria son responsables por los daños producidos por errores médicos, de modo que son deudoras del recargo por demora del artículo 20 LCS desde el momento en que tienen noticia del error médico, sin proceder a indemnizar, de conformidad con el artículo 20.6 LCS. (STS de 29 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores demandaron a ASISA (perteneciendo al colectivo MUFACE) en el ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios padecidos por el fallecimiento de su hija de un mes de vida a causa de una dolencia cardíaca no detectada en ninguno de los controles gestacionales ni neonatales, más el interés de demora del artículo 20 LCS. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando al abono de los intereses de demora desde la fecha del fallecimiento (14 de febrero de 2014) en tanto que fecha acaecimiento del siniestro y de causación del daño. La sentencia de segunda instancia, por el contrario, rechazó que la aseguradora hubiera de abonar intereses de demora por no concurrir el supuesto básico para la aplicación del artículo 20 LCS, a saber, la «mora en el cumplimiento de la prestación objeto del seguro», en la comprensión de que ASISA no se obligaba a abonar ninguna indemnización sino a prestar asistencia sanitaria.

Los demandantes recurrieron en casación interesando la aplicación de los intereses del artículo 20 LCS. El Alto Tribunal partió afirmando la legitimación pasiva de ASISA en tanto que responsable extracontractual de la asistencia médica prestada a los mutualistas en virtud del concierto celebrado con MUFACE.

Habiendo sido aclarado lo anterior, el Tribunal Supremo reiteró que las entidades de seguros de asistencia sanitaria (no de reintegro de los gastos médico-quirúrgicos) son deudoras de los intereses del artículo 20 LCS en relación con la indemnización derivada del incumplimiento de sus obligaciones, ya que el precepto «no piensa únicamente en el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia». Asimismo, se insistió en que «[e]s reiterada jurisprudencia de la sala la que viene proclamando sin fisuras que dichos intereses ostentan un carác-

ter marcadamente sancionador, imponiéndose una interpretación restrictiva de las causas justificadas de exoneración del deber de indemnizar, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados». En consecuencia, el Alto Tribunal descartó que concurriera causa alguna de exoneración al amparo del artículo 20.8 LCS, puesto que no existía ninguna duda racional sobre la obligación de indemnizar.

Finalmente, el Tribunal Supremo fijó el término inicial del cómputo del devengo de dichos intereses en el momento en que la aseguradora debió indemnizar el siniestro, entendiéndose que ello sucedió en la fecha en que se promovieron las diligencias preliminares (5 de febrero de 2015) como momento en que la demandada conoció el error médico y en el que debió liquidar puntualmente el siniestro (art. 20.6 LCS). (A. A. O.)

**24. Responsabilidad civil por daños. Filtraciones de agua procedentes de un local arrendado.**—La responsabilidad del propietario de un edificio —noción interpretada en sentido amplio— que proclama el artículo 1907 del Código Civil, se refiere a los daños derivados de la ruina total o parcial del mismo, como consecuencia única y exclusivamente de la falta de las reparaciones necesarias. Por su parte, el artículo 1910 del Código Civil hace responsable a la persona que habita la casa o parte de ella, de los daños resultantes de las cosas que se arrojan o caen de la misma. La interpretación de este último precepto es amplia, de modo que, sobre el espíritu y la finalidad de la norma, quedan incluidos en el supuesto de hecho los daños causados por filtraciones de líquidos y por cosas arrojadas dentro del propio edificio. Cuando se trata de un inmueble de uso no residencial, como son las sedes de empresas, locales comerciales, o inmuebles en los que se ejercen profesiones liberales, y existen relaciones de subordinación, la responsabilidad recae en el titular de dicho negocio o empresa. No es responsable el propietario del inmueble si el inquilino no ha advertido de la existencia de deficiencias en el mismo. El Tribunal Supremo recuerda y confirma la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de 29 de septiembre de 2000 (núm. 859) y de 22 de julio de 2003 (núm. 807), de las cuales resulta que la eventual responsabilidad del propietario del inmueble, si hubiese sido informado de la necesidad de hacer reparaciones o labores de mantenimiento, se incardinaría en el artículo 1902 del Código Civil y no en el artículo 1907, al no ser un caso de ruina los daños derivados de filtraciones o inundaciones. (STS de 15 de abril de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

**HECHOS.**—El litigio se inicia con sendas demandas por parte de compañías aseguradoras que ejercitan la acción de subrogación del artículo 43 LCS. Solicitan el pago de las sumas abonadas a los asegurados, a raíz de los daños sufridos en sus viviendas situadas en las plantas inferiores al local en el que se produjo la rotura del tubo flexible del inodoro del baño, causando filtraciones y los subsiguientes daños por agua.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta contra el propietario del inmueble en el que se originan las filtraciones, estimándola contra la entidad

arrendataria y sus socios. La sentencia fue objeto de recurso de apelación, y en segunda instancia la condena se extendió al propietario, quien interpuso un recurso de casación. El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estima el recurso de casación y anula parcialmente la sentencia recurrida, desestimando la demanda interpuesta contra el propietario del inmueble. (*R. P. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**25. Desahucio por precario: Se reconoce el ejercicio de esta acción entre coherederos y en beneficio de la comunidad.**—Durante el período de indivisión que precede a la partición, todos los coherederos tienen título para poseer como consecuencia de su participación en la comunidad hereditaria, pero ese título no ampara una posesión en exclusiva y excluyente de un bien común por un coheredero (STS del Pleno 547/2010, de 16 de septiembre). Esta jurisprudencia requiere que subsista la situación de indivisión previa a la partición y que la acción de desahucio por precario se ejercite en beneficio de la comunidad. Además, es necesario también que el coheredero contra el que se ejercita la acción de desahucio posea en su mera condición de coheredero, porque si su posesión está amparada por un título que le autoriza a poseer en exclusiva un bien, aunque no se haya realizado la partición, no se encontrará en situación de precario ni podrá prosperar dicha acción.

**En caso de disolución de la sociedad de gananciales, pero aún no liquidada, se aplican las reglas de la comunidad hereditaria.**—Ello a efectos del goce y disfrute de la cosa común (STS 700/2015, de 9 de diciembre). (**STS de 29 de marzo de 2021**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—Las actoras interpusieron una acción de desahucio por precario contra una coheredera que poseía los bienes en virtud de un acuerdo de colaboración en la explotación agraria familiar que suscribió con el causante y su cónyuge (sus padres) como titulares de la explotación.

El juzgado desestimó la demanda porque la demandada no se limitaba a poseer por mera tolerancia o liberalidad del propietario, sino que disponía de un título para ello: un acuerdo de colaboración en la explotación agraria familiar suscrito al amparo de lo previsto en la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. La audiencia estimó el recurso de apelación de las actoras acordando el desahucio, al entender que el acuerdo de colaboración suscrito en el año 1992 por la demandada con sus padres no le permitía poseer de manera excluyente los bienes objeto de desahucio. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la poseedora, confirmó la sentencia de primera instancia y consideró que, aunque la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, derogó la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, ello no priva de título a la posesión. (*I. D.-L.*)

**26. Editio accionis. Acciones reivindicatoria y publiciana.**—La Sala Primera declara que en nuestro ordenamiento jurídico está descartada la obligación de la expresión nominal de la acción, de modo que las interpuestas no se califican por la denominación que le den las partes, sino por los hechos alegados y las pretensiones verdaderamente formuladas. En la medida en que la acción publiciana se entiende comprendida dentro del artículo 348 CC, incurre en incongruencia la sentencia que descarta su análisis, por tratarse de una subespecie de reivindicatoria; o, dicho de otra manera, por ser la acción publiciana una de las facetas de la acción reivindicatoria.

**Acción publiciana (reivindicatoria) sobre plaza de garaje.**—El propietario de una cuota, si bien indivisa, que otorga el derecho a uso y exclusivo de una plaza de garaje, grafiada numéricamente e identificada plenamente en los planos que acompañan en las escrituras, ostenta un interés legítimo en solicitar la restitución de quien le perturba ilícitamente, es decir, puede ejercitar la acción reivindicatoria. En este sentido, la Sala Primera reitera que, en el momento de la adquisición, la cuota es meramente instrumental del derecho a utilizar un espacio para aparcamiento; en realidad, el objeto de la compra-venta es la plaza o espacio necesario para el aparcamiento y maniobrabilidad de un vehículo. Por eso, procede ejercitar la acción publiciana (reivindicatoria) para solicitar la restitución de quien perturba ilícitamente, si se acreditan sus requisitos, es decir, la preferencia del derecho del actor sobre el poseedor. **(STS de 5 de abril de 2021; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A y B adquirieron, junto con un apartamento, una 1/128 parte del sótano del edificio, destinado a aparcamientos. Por tanto, con derecho a utilizar con carácter exclusivo y excluyente una plaza de aparcamiento XXX que utilizaron hasta el año 2011. En ese momento, C y D los demandados comenzaron a hacer haciendo uso de la misma plaza de garaje, colocando a partir del año 2015 un cepo que impedía a A y B su utilización. Al parecer, C y D habían adquirido, en 2011, junto con un apartamento, la propiedad de otra 1/128 parte del sótano dedicado a aparcamiento con derecho a utilizar la plaza de garaje YYY.

Ante esta situación, A y B interpusieron demanda contra C y D por la que solicitaban la condena a la entrega y reintegro de la posesión de la plaza de garaje y al cese de cualquier acto posesorio sobre la misma. Subsidiariamente, la demanda alegaba la adquisición por los demandantes de la indicada plaza de aparcamiento por prescripción adquisitiva al haberla poseído ininterrumpidamente durante diez años, con buena fe y justo título.

En su contestación a la demanda, C y D argumentaron que los demandantes no eran propietarios de la plaza de garaje en cuestión, sino que solo tienen el derecho de uso exclusivo y excluyente para su utilización y es la comunidad de propietarios quien es la dueña del local donde están las plazas de garaje.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda y declaró que los demandantes eran propietarios de una 1/128 parte del sótano, con derecho a utilizar con carácter exclusivo y excluyente la plaza de aparcamiento XXX.

La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación de los demandados y desestimó la demanda. En particular,

la sentencia entendió que la acción reivindicatoria ejercida no podía prosperar, por cuanto los demandantes no eran propietarios, sino que tan solo ostentaban un derecho de uso, el cual no puede equipararse al de propiedad a los efectos del artículo 348 CC. Al mismo tiempo, la sentencia advirtió que la acción publiciana no se había ejercitado y, en consecuencia, sería incongruente resolver sobre ella, pues se trataría de una acción distinta a la reivindicatoria.

Ante ello, los demandantes interpusieron sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo. (A. I. R. A.)

**27. Aprobación *ex novo* de la instalación de un ascensor y reparto del coste en un edificio regido por propiedad horizontal.**—De acuerdo con los artículos 10.1 y 17.2 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), procede la instalación de ascensor, aún cuando el importe exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, cuando el acuerdo haya sido objeto de aprobación por la mayoría de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación.

Una cuestión a tener en cuenta es la posible repercusión de la exención de pago de esta instalación de los locales comerciales del edificio. El acuerdo destinado a la distribución de estos gastos de instalación se ha de aprobar con idéntico sistema de mayorías que el acuerdo de instalación del ascensor, es decir, por mayoría, y ello con el fin de no obstaculizar la política legislativa de la LPH tendente a la eliminación de barreras arquitectónicas que dificultan el desenvolvimiento de personas con discapacidad.

Por tanto, es posible una distribución de gastos de instalación de un ascensor que no coincida con la cuota de participación en elementos comunes, pues el propio artículo 9 LPH permite que se contribuya con arreglo «a lo especialmente establecido», acuerdo que al estar «asociado» al de instalación se aprueba por mayoría, siempre que tal acuerdo no lesione gravemente a ningún propietario.

No existe tal lesión o perjuicio grave a los propietarios de pisos en la planta baja siempre que las obras provoquen la eliminación de barreras arquitectónicas que facilitan el acceso a tales bajos, con su consiguiente revalorización. (STS de 12 de abril de 2021; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

**HECHOS.**—Cuatro propietarios de viviendas situadas en la planta baja de un bloque de pisos interponen demanda de juicio ordinario en materia de propiedad horizontal contra la comunidad de propietarios. En junta extraordinaria de propietarios se aprobó un acuerdo de instalación de ascensores, con exoneración de contribuir a este gasto a los locales comerciales y garajes. Como consecuencia, se acordó establecer una derrama extraordinaria a satisfacer exclusivamente por los propietarios de viviendas. Los demandantes solicitan se declare que ambos acuerdos son contrarios a la ley y a los estatutos. En particular, se solicita su nulidad y, subsidiariamente, su anulabilidad por ser estos lesivos a sus intereses.

La demanda es íntegramente estimada, por lo que dichos acuerdos son declarados nulos. La sentencia de Primera instancia se fundamenta en que los propietarios de los bajos en nada se benefician

de la instalación del nuevo ascensor y en que el incremento del valor del edificio no alcanza a sus viviendas.

La sentencia es recurrida en apelación por la comunidad de propietarios. El recurso es estimado, por ausencia tanto de grave perjuicio para los demandantes como de trato discriminatorio o desigual entre estos y los propietarios de garajes y locales. Ello se justifica en que, aun cuando sea de manera menos intensa que los pisos altos, la instalación de ascensor con rampas y rellanos intermedios afecta también a los pisos de la planta baja, eliminando barreras arquitectónicas que en algún modo revaloriza el piso.

Lorenzo, Lourdes, Macarena y Marta interponen recurso de casación. El recurso de casación es desestimado. (T. R. C.)

## DERECHO DE FAMILIA

**28. Divorcio. Medidas. Guarda y custodia de hijos comunes. Custodia compartida. Doctrina jurisprudencial: procedencia y finalidad; carácter ordinario.**—La adopción de la medida definitiva de la custodia compartida se halla condicionada al interés y beneficio de los menores y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores (así, las SSTS 433/2016, de 27 de junio; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otras muchas). No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (SSTS 526/2016, de 12 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras). De esta manera, con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (SSTS 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras).

**Custodia compartida: requisitos o bases para su establecimiento.**—Son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 242/2016, 12 de abril; 116/2017, de 22 de febrero y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas). No se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como

unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes (SSTS 545/2016, de 16 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras). Por otro lado, la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia tampoco justifica *per se* que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectarían de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio (STS 433/2016, de 27 de junio).

**Exclusión de la custodia compartida cuando la conducta del progenitor es claramente perjudicial para el interés y beneficio del menor.**—Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (STS de 16 de octubre de 2014). En el caso, no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. No puede considerarse que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común, que no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre. (STS de 29 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora presentó, en 2018, demanda de divorcio contra su marido, en cuya virtud solicitó, además de la disolución del vínculo matrimonial, diversas medidas en relación con la hija común del matrimonio que contaba entonces con siete años. Entre ellas, además de la pensión alimenticia, pidió que se le atribuyera la guarda y custodia de la hija, con un régimen de visitas para el padre. Este, por el contrario, además de oponerse a las medidas económicas, solicitó que se acordara la custodia compartida, a desarrollarse en el domicilio familiar, debiendo salir cada progenitor cuando la guarda le correspondiese al otro. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y denegó la solicitud de custodia compartida sobre la base del grave conflicto existente entre la pareja, con denuncias penales pendientes de resolución, por lo que no consideró procedente la medida a la vista de la situación de tensión en que vivía la familia, al menos mientras no se hubieran resuelto las cuestiones penales que se estaban tramitando. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cáceres acogió el recurso de apelación del marido en lo tocante a la custodia compartida, y adoptó dicha medida al entender que se conciliaba mejor con el interés y beneficio de la menor. Con posterioridad el Juzgado de lo Penal dictó sentencia

condenado al marido por un delito de maltrato habitual, así como por un delito continuado de vejaciones injustas sobre la esposa castigando con ello la conducta de desprecio y humillación constante que el demandado mantenía con la actora. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**29. Unión no matrimonial con menores. Vivienda familiar adquirida *pro indiviso* cuyo uso fue atribuido a la madre después de la ruptura de la convivencia. Ejercicio de la acción de división. La atribución del uso de la vivienda no impide el ejercicio de la *actio communi dividundo* del artículo 400 CC.**—Es jurisprudencia consolidada que la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división, que el artículo 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad.

**El derecho de uso de la vivienda familiar no se extingue por el ejercicio de la acción de división y es oponible al que resulte ser adquirente de la casa.**—La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda (SSTS 1123/2008, de 3 de diciembre; 861/2009, de 18 enero de 2010; 78/2012, de 27 febrero y 5/2013, de 5 febrero, entre otras).

**El derecho de uso se extingue por división de la vivienda común cuando la resolución judicial que lo otorgó supeditó su existencia hasta el ejercicio de la acción de división.**—El mantenimiento o la extinción del derecho de uso no está en función del ejercicio de la acción de división, ya que, por sí misma, esta acción no da lugar a la extinción del uso atribuido. Pero el derecho de uso no puede subsistir cuando se ejerce la acción de división si en el proceso matrimonial o en el proceso de guarda y custodia de menores la atribución judicial del uso se ha hecho precisamente hasta ese momento.

**La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar y la custodia compartida. Doctrina jurisprudencial: carácter temporal del derecho de uso.**—Hay que pensar que, en los supuestos de custodia compartida, la atribución del uso de la que fue vivienda familiar al progenitor que por razones objetivas tiene más dificultades de acceso a una vivienda se dirige a facilitar el tránsito a la situación de custodia compartida, y de ahí que se atribuya con carácter temporal, de acuerdo con las SSTS 295/2020, de 12 de junio y 95/2018, de 20 de febrero, entre otras).

**Derecho de reembolso a favor del condómino que realizó mayores aportaciones económicas para pagar la vivienda. Para que no proceda el reembolso es necesario acreditar alguna causa que lo excluya.**—El hecho de que la adquisición sea conjunta, que lo adquirido sea la vivienda de la familia y que los adquirentes convivan *more uxorio* no revela de manera inequívoca que sea irrelevante, en las relaciones entre las partes, quién aporta el dinero. La adquisición conjunta y por mitad es un indicio de la voluntad de aportaciones iguales, y para que no proceda el reembolso por las mayores aportaciones realizadas por uno de los convivientes es preciso acreditar que concurre alguna causa que lo excluya, como el ánimo liberal del aportante, o el pacto de reparto de gastos familiares que compense lo aportado para la adquisición.

No procede hablar de la existencia de un pacto implícito sobre la aplicación indistinta de recursos del que cabría deducir la inexigibilidad de reem-

bolsos cuando los convivientes tenían ingresos propios y mantenían cuentas separadas.— Puesto que los convivientes percibían ingresos de sus respectivos trabajos y mantenían cuentas separadas resulta difícil concluir que las partes descartaran toda exigibilidad de créditos por mayores aportaciones realizadas por uno de ellos para el pago.

**Acción de reembolso. Carga de la prueba.**—Es el actor quien debe probar que ha realizado aportaciones superiores a las de la demandada (art. 217 LEC). (STS de 24 de marzo de 2021; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Tras la ruptura de una unión no matrimonial con hijos menores de edad y tras un previo proceso de guarda y custodia, se inicia un nuevo litigio en el que se plantean dos cuestiones nuevas por el padre. De una parte, el ejercicio de la acción de división de la vivienda que pertenece en proindiviso a los dos miembros de la pareja y cuyo uso fue atribuido a la madre. De otra, la reclamación de cantidad por las mayores aportaciones económicas que dice haber realizado para pagar la vivienda.

El juzgado desestimó la pretensión de división de la cosa común y la petición relativa a la extinción del derecho de uso; en cambio, estimó parcialmente la acción de reclamación de cantidad relativa a las cuotas del préstamo hipotecario abonadas por el padre.

La audiencia desestima nuevamente el ejercicio de la acción de división al entender que dicho derecho está condicionado al consentimiento del otro conviviente o, en su caso, a la correspondiente autorización judicial; añadiendo, que el principio del favor *fili* impide que el uso de la vivienda familiar concedido a favor del progenitor ejerciente de la custodia compartida pueda extinguirse por el ejercicio de la acción de división de la cosa común antes de que los menores alcancen la mayoría de edad. Respecto a la reclamación de la devolución de las cantidades entregadas de más para el pago de las cuotas del préstamo para financiar la vivienda, establece que la compra por mitades para uso común y de los hijos comporta un acuerdo implícito sobre aplicación indistinta de los recursos de los miembros de la pareja, del que cabría deducir la inexigibilidad de reembolsos.

El Tribunal Supremo estima la casación en lo que se refiere a la acción de división. Respecto a la segunda cuestión, la desestima por falta de efecto útil, puesto que, si bien reconoce el derecho al reembolso por las mayores aportaciones realizadas para pagar la vivienda, en el caso de la sentencia, al no haber quedado acreditado la realización de aportaciones superiores a la del otro condueño desestima la pretensión de reintegro. (C. O. M.)

## DERECHO MERCANTIL

**30. Plazo de comunicación al socio cooperativista de la calificación de su baja de la sociedad cooperativa. Día inicial del cómputo de intereses del reembolso cooperativo.**—La baja de un socio es uno de los aconteci-

mientos más relevantes de la vida cooperativa. Como el socio puede abandonar voluntariamente la cooperativa mediante la recuperación de sus aportaciones, con el cumplimiento de determinadas condiciones establecidas legal y estatutariamente, la baja tiene una indudable influencia en la estabilidad del capital de la sociedad.

Bajo esta consideración, la obligatoriedad de la comunicación de la calificación de la baja al socio interesado no es casual, ni un mero requisito formal sin contenido, porque precisamente de dicha comunicación depende el nacimiento de una serie de consecuencias jurídicas.

Si la calificación es contraria a los intereses del socio, se abre un período para su impugnación (art. 17.6 de la Ley de Cooperativas) que no puede quedar al albur de una notificación de la que se desconoce su efectividad y fecha.

Por el contrario, si se clasifica la baja como justificada, se abre un procedimiento para el reembolso cooperativo, como plasmación de la liquidación parcial del contrato de sociedad. Este procedimiento de liquidación también está sujeto a unos plazos y condiciones de ejercicio que igualmente dependen del conocimiento por parte del socio de la calificación de la baja como justificada.

Todas estas previsiones legales abonan la interpretación de que la comunicación al socio prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Cooperativas es recepción y que la sociedad debe asegurarse de que el socio recibe la comunicación en el plazo de tres meses que establece la norma. Por ello, el plazo de formalización del acuerdo de calificación de la baja se refiere tanto a la adopción del acuerdo como a la recepción de su notificación.

Respecto del inicio del cómputo de intereses del reembolso cooperativo, la baja voluntaria de un socio de una cooperativa se produce automáticamente en el momento y desde la fecha mismos en que el socio comunica a la cooperativa su voluntad en tal sentido (a salvo dos limitaciones).

El interés legal de la suma objeto de reembolso se devenga desde la fecha de la comunicación de la baja, salvo que el preaviso hubiera resultado determinante para la calificación de la baja y sus efectos, en cuyo caso la fecha de devengo sería la del fin del plazo de preaviso. (**STS de 27 de abril de 2021**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—Nieves es socia de la cooperativa de viviendas ABC desde 2010. En 2012 solicita la baja como socia y la devolución de las cantidades aportadas, al no poder efectuar más desembolsos económicos. El consejo rector de la cooperativa calificó la baja como no justificada. Por tanto, Nieves interpone demanda de juicio ordinario contra dicha sociedad cooperativa, solicitando el reintegro del importe de su aportación.

La demanda es parcialmente estimada, al considerar que el acuerdo no argumentaba por qué se consideraba la baja como no justificada, además de haber sido comunicada la decisión fuera de plazo. Se condena a la sociedad cooperativa al reembolso de una parte de la aportación.

La sentencia es recurrida por la Sociedad Cooperativa. Nieves formula oposición al recurso e impugna la sentencia de primera instancia. El recurso es desestimado, mientras que la impugnación de la sentencia es estimada. Se afirma que la comunicación extemporánea a la cooperativista de la decisión sobre la califica-

ción de la baja hace que, transcurrido el plazo legal, dicha baja deba ser considerada justificada *ope legis*. A su vez, la impugnación de Nieves fue estimada, por lo que la Audiencia Provincial determinó que correspondía el reembolso de la totalidad de las cantidades aportadas.

La sociedad cooperativa interpone recurso de casación. El recurso de casación es desestimado. (*T. R. C.*)

## **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

### **INSTRUCCIONES A LOS AUTORES**

#### **1. Envío de originales:**

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: [adc@mjusticia.es](mailto:adc@mjusticia.es)

#### **2. Formato:**

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su 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](mailto:adc@mjusticia.es). Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

#### **5. Corrección de pruebas de imprenta:**

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.